Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Michael Blozik

Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren



Universitätsverlag Göttingen

Michael Blozik

Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren

erschienen als Band 23 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften" im Universitätsverlag Göttingen 2012

Michael Blozik

Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften
Band 23



Universitätsverlag Göttingen
2012

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Autorenkontakt
Dr. Michael Blozik
e-mail: michael.blozik@web.de

Satz und Layout: Dr. Michael Blozik
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-071-2
ISSN: 1864-2136

Meiner Frau Eva,

meinen Töchtern Emilia und Juliane

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat die vorliegende Arbeit im Sommersemester 2011 als Dissertation angenommen. Die Arbeit berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Mitte 2010.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Uwe Murmann, der das Thema der Arbeit vorgeschlagen, Hinweise und Anregungen gegeben sowie das Erstgutachten erstellt hat. Ferner bedanke ich mich bei Prof. Dr. Fritz Loos für sein Zweitgutachten. Mein größter Dank gilt jedoch meiner Frau Eva, die trotz eigener beruflicher Tätigkeit und Kinderbetreuung mir den Rücken freigehalten hat. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht denkbar gewesen. Schließlich bedanke ich mich bei meinem Arbeitskollegen Herrn Staatsanwalt Dr. Tobias Paul für seine Gesprächsbereitschaft sowie seine wertvollen Anregungen und bei Frau Richterin am Landgericht Kristine Faust für die redaktionelle Durchsicht des Manuskripts.

Schopfheim, Juli 2012 Dr. Michael Blozik

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 3
Inhaltsverzeichnis 5
Abkürzungsverzeichnis 13

1. Kapitel: Einleitung und Begriffsbestimmung 17
    A. Einleitung 17
    B. Gang der Untersuchung 19
    C. Begriffsbestimmung 20

2. Kapitel: Zum Vorverständnis der Subsidiaritätsklauseln 21
    A. Überblick 21
    B. Zum Vorverständnis 22

I. Status und Funktion der Subsidiaritätsklauseln 22
II. Struktur und Regelungsinhalt der Subsidiaritätsklauseln 23
1. Erstes Element: Bezugspunkt 23
2. Zweites Element: Konkurrierende Maßnahmen 23
3. Drittes Element: Bedingungen der Vorrangigkeit 24
a) Grundsätzliches 24
b) Zwei Gruppen der Bedingungen der Vorrangigkeit 24
c) Abweichung: Eingliedrige Subsidiaritätsklauseln 25

3. Kapitel: Entstehung des Systems von Subsidiaritätsklauseln 27
A. Überblick 27
B. Entstehung des Systems im Einzelnen 28
I. Die Strafprozessordnung vom 01.02.1877 28
1. Gesetzesziel 28
2. Unterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO) 29
3. Beschlagnahme (§§ 94 - 98 StPO) 29
4. Postbeschlagnahme (§ 99 StPO) 30
5. Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO) 30
6. Steckbrief (§ 131 StPO a.F.) 31
7. Generalklauseln (§§ 159, 161 StPO a.F.) 32
II. Das Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933 32
1. Gesetzesziel 32
2. Körperliche Untersuchung (§ 81a StPO) 33
3. Erkennungsdienstliche Behandlung (§ 81b StPO) 33
III. Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz) (G10) vom 13.08.1968 33
1. Gesetzesziel 33
2. Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) 34
IV. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 14.04.1978 36
1. Gesetzesziel 36
2. Identitätsfeststellung (§§ 163b, 163c StPO) 37
3. Kontrollstellen (§ 111 StPO) 38
4. Gebäudedurchsuchung (§ 103 I 2 StPO) 38
V. Passgesetz und Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 19.04.1986 39
1. Gesetzesziel 39
2. Schleppnetzfahndung (§ 163d StPO) 40

VI. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992 (OrgKG) 41
1. Gesetzesziel 41
2. Rasterfahndung (§ 98a StPO) 42
3. Datenabgleich (§ 98c StPO) 43
4. Bildaufnahmen und sonstige technische Observationsmittel (§ 100c I Nr. 1 StPO a.F. = § 100h StPO n.F.) 43
5. Akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen (§ 100c I Nr. 2 StPO a.F. = § 100f StPO n.F.) 45
6. Verdeckter Ermittler (§ 110a StPO) 46
7. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e StPO) 49
VII. Strafverfahrensänderungsgesetz vom 17.03.1997 51
1. Gesetzesziel 51
2. DNA-Analyse (§ 81e StPO) 52
VIII. Das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 04.05.1998 53
1. Gesetzesziel 53
2. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c I Nr. 3 StPO a.F.) 54
3. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO n.F.) 55
a) Änderungen allgemein 55
b) Änderungen Subsidiaritätsklauseln 56
IX. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 07.09.1998 (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) 57
1. Gesetzesziel 57
2. DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren (§ 81g StPO) 58
X. Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 02.08.2000 59
1. Gesetzesziel 59
2. Fahndungsmaßnahmen (§§ 131 – 131c StPO) 60
a) Fahndung zur Festnahme (§ 131 StPO) 60
b) Fahndung zur Aufenthaltsermittlung (§ 131a StPO) 62
c) Fahndung zur Aufklärung einer Straftat oder Identitätsfeststellung (§ 131b StPO) 63
3. Generalklauseln (§§ 161, 163 StPO n.F) 64
Exkurs: V-Mann 65
4. Längerfristige Observation (§ 163f StPO) 68
XI. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001 69
1. Gesetzesziel 69
2. Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten (§§ 100g, 100h StPO a.F.) 70

a) Vom Beschuldigten hergestellte Verbindungen (§ 100g I StPO a.F.) 71
b) Zielwahlsuche (§ 100g II StPO a.F.) 72
c) Funkzellenabfrage (§ 100h I 2 StPO a.F.) 73
3. Auskunft über Verkehrsdaten (§ 100g StPO n.F.) 74
a) Verkehrsdaten des Beschuldigten (§ 100g I StPO n.F.) 74
b) Zielwahlsuche 76
c) Funkzellenabfrage (§ 100g II 2 StPO n.F.) 77
XII. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 15.02.2002 77
1. Gesetzesziel 77
2. Beschlagnahme bei Medienangehörigen (§§ 94, 97 V StPO) 78
a) Beschlagnahme bei fehlendem Zeugnisverweigerungsrecht 78
b) Beschlagnahme bei Deliktsverstrickung 81
XIII. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 06.08.2002 82
1. Gesetzesziel 82
2. IMSI-Catcher (§ 100i StPO a.F.) 83
3. IMSI-Catcher (§ 100i StPO n.F.) 84
XIV. Gesetz zur Novellierung der Forensischen DNA-Analyse vom 12.08.2005 85
1. Gesetzesziel 85
2. DNA-Reihentest (§ 81h StPO) 85
XV. Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 86
1. Gesetzesziel 87
2. Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) 87
3. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO n.F.) 87
4. Akustische Überwachungen außerhalb von Wohnungen (§ 100f StPO n.F.) 87
5. Auskunft über Verkehrsdaten (§ 100g StPO) 88
6. Der IMSI-Catcher 88

4. Kapitel: Subsidiaritätsklauseln in Gesetz und Rechtsprechung 89
A. Überblick 89
B. Subsidiaritätsklauseln im Gesetz 90
I. Gliederung nach Typen 90
0. Keine Subsidiaritätsklausel 90
1. Subsidiaritätsklausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert“ 91
2. Subsidiaritätsklausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“ 91
3. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert“ 91

4. Subsidiaritätsklausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“..... 92
5. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“ 92
II. Erste Betrachtung der Gliederung 93
C. Subsidiaritätsklauseln in der Rechtsprechung..... 93
I. Großer Senat: „Hörfallen-Entscheidung“ - BGHSt 42, 139 93
II. EGMR: „Allan gegen Großbritannien“ 96
1. Die Entscheidung..... 96
2. Offene Fragen..... 98
a) Täuschung oder psychischer Druck? 99
b) Beharrlichkeit der Befragung? 100
c) Muss das Schweigerecht ausgeübt sein? 101
III. BGH: Reaktion auf „Allan gegen Großbritannien“ – BGHSt 52, 11..... 103

5. Kapitel: Subsidiaritätsklauseln und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit..... 107
A. Überblick 107
B. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit..... 108
I. Allgemeines 108
II. Merkmale der Verhältnismäßigkeit 108
1. Legitimität..... 108
2. Geeignetheit 109
3. Erforderlichkeit 110
4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 110
C. Verhältnis Subsidiaritätsklauseln zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 112
I. Subsidiaritätsklauseln als Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit? 112
1. Ausgestaltung der Legitimität? 112
2. Ausgestaltung der Geeignetheit? 112
3. Ausgestaltung der Erforderlichkeit? 113
4. Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne? 114
II. Konkurrenzverhältnis..... 115

6. Kapitel: Bedeutungsgehalt der Subsidiaritätsklauseln 117
A. Überblick 117
B. Bestimmung des Bedeutungsgehalts 118
I. Bezugspunkt: Ermittlungsziele..... 118
1. Erforschung des Sachverhalts..... 118
a) Normalfall 118
b) Abweichungen 119

aa) Keine Erforschung des Sachverhalts 119
bb) Alternative Formulierung: Aufklärung 120
cc) Ergänzende Formulierungen 121
2. Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten 122
a) Normalfall 122
aa) Begriffliche Bestimmung des Aufenthaltsorts 122
bb) Bestimmung des Aufenthaltsorts nach dem Zweck der Maßnahmen 126
b) Abweichungen 131
aa) Erweiterung: Zeuge als gesuchte Person 131
bb) Einschränkung: Mitbeschuldigter als allein gesuchte Person 132
cc) Alternative Formulierung: Aufklärung 132
c) Gesetzliche Unstimmigkeiten 133
3. Verhältnis der Ermittlungsziele zueinander 134
II. Konkurrierende Ermittlungsmaßnahmen 134
1. Normalfall 134
a) Grundsatz 135
b) Einschränkung: Zulässigkeit der alternativen Maßnahmen 135
c) Einschränkung: Verfolgung gleicher Ziele 135
2. Abweichung: Präzisierung alternativer Maßnahmen 137
III. Bedingungen der Vorrangigkeit 138
1. Ermittlungserfolg 138
a) Gegenstand des Erfolgs 138
b) „weniger erfolgversprechend“ 139
c) „erheblich weniger erfolgversprechend“ 140
d) „aussichtslos“ 141
2. Ermittlungserschwernis 144
a) Gegenstand der Erschwernis 144
aa) Zeitaufwand 145
bb) Arbeitsaufwand 145
cc) Kostenaufwand 146
b) „erschwert“ 149
c) „wesentlich erschwert“ 149
d) „unverhältnismäßig erschwert“ 151
aa) Definition 151
bb) Abgrenzung zu „wesentlich erschwert“ 152
3. Verhältnis zwischen Ermittlungserfolg und Ermittlungserschwernis 154
IV. Prognose 155
1. Normalfall 155
a) Prognosebefugnis 155
b) Gegenstand der Prognose 156
c) Grundlagen der Prognose 158
d) Beurteilungsspielraum 158

aa) Urteil des BGH vom 16.02.1995 – BGHSt 41, 30 158
bb) Kritik der Literatur 159
cc) Stellungnahme 160
e) Prüfungsmaßstab 165
aa) Urteil des BGH vom 16.02.1995 – BGHSt 41, 30 165
bb) Kritik der Literatur 165
cc) Stellungnahme 166
f) Folgen positiver oder negativer Prognose 167
g) Durchführungszwang bei positiver Prognose 168
2. Abweichung: erweiterte Prognose? 169

C. Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln 170

I. Rangfolge 170

II. Ultima-ratio-Klausel? 171

7. Kapitel: Kollision von Subsidiaritätsklauseln 175

A. Überblick 175

B. Kollision von Subsidiaritätsklauseln gleicher und verschiedener Ordnung 176

I. Ausgangsproblem: Ringverweis bei Kollision von Subsidiaritätsklauseln 176

II. Kollision von Subsidiaritätsklauseln gleicher Ordnung 177

1. Meinungsstand 177
2. Gesetzesauslegung im engeren Sinne 178
3. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung 179
a) Feststellung einer planwidrigen Lücke 179
b) Ausfüllung der planwidrigen Lücke 182

III. Kollision von Subsidiaritätsklauseln verschiedener Ordnungen 183

C. Vorrangige Anwendung mehrerer subsidiärer Maßnahmen 185

I. Allgemeines 185

II. Sperrwirkung der angewandten Subsidiaritätsklausel? 186

III. Sperrwirkung aus Sinn und Zweck der Rangfolge? 187

8. Kapitel: Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln 189

A. Überblick 189

B. Konsistenz 190

I. Bewertungsmethode für Eingriffsschwere 190

1. Eingriffsschwere als Kriterium für die Konsistenz 190
2. Die Methode und ihre Schwächen 191
3. Kriterien für Eingriffsschwere 192
a) Wertigkeit des jeweiligen Grundrechts 192

aa) Betroffene Grundrechte 192
bb) Wertigkeit der Grundrechte 194
b) Erkennbarkeit der Maßnahme 195
c) Abschöpfungspotenzial der Maßnahme 196
d) Privatheitspotenzial der Maßnahme 197
aa) Sphärentheorie 198
bb) Indikatoren für die Verletzung der Privatheit 199
cc) Öffentliche Ermittlungsmaßnahmen 202
e) Betroffenheit Dritter 202
f) Eingriffsdauer 203
II. Quantifizierung der Eingriffsschwere 204
1. Vorbemerkungen 204
2. Legende 205
3. Tabelle 1: Eingriffsschwere 207
III. Methode zur Abgleichung der Eingriffsschwere mit Subsidiaritätsklauseln 212
IV. Abgleichung der Eingriffsschwere mit Subsidiaritätsklauseln 213
1. Tabelle 2: Eingriffsschwere und Subsidiaritätsklauseln 213
2. Tabelle 3: Konsistenzfelder 215
V. Interpretation der Tabelle 3 217
1. Interpretation des Gesamtbilds 217
2. Interpretation des konsistenten Bereichs 218
3. Interpretation des inkonsistenten Bereichs 220
a) Bestandsaufnahme der Maßnahmen 220
b) Fehlende Klauseln aus rechtshistorischen Gründen 221
c) Fehlende Klauseln aus rechtspolitischen Gründen 222
d) Sonstige fehlende Klauseln 223
e) Zu milde Klauseln 223
f) Zu strenge Klauseln 224

9. Kapitel: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen 226
A. Zusammenfassung 227
B. Schlussfolgerungen 233
I. Nutzlosigkeit der schwierigen Rechtsgewinnung 233
II. Konzeptionelle Mängel des Systems von Subsidiaritätsklauseln 235
III. Nutzen des Systems von Subsidiaritätsklauseln? 237
IV. Schlussfolgerungen für die Zukunft 238
Literaturverzeichnis 239

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Archiv PF	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt in Strafsachen	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages
Btm	Betäubungsmittel
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundsverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CuR	Computer und Recht
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DNA	Desoxyribonucleic Acid
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EDV	Elektronische Datenverarbeitungsanlage
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
f.	der/die folgende
FAG	Gesetz über Fernmeldanlagen
ff.	die folgenden
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Gesetz über die Grundssätze des Haushalts des Bundes und der Länder
HK	Heidelberger Kommentar
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
IMEI	International Mobile Equipment Identity
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
IPR	Internationales Privatrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger
krit.	kritisch
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
LR	Löwe-Rosenberg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMS	Multimedia Messaging Service
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
noeP	nicht offen ermittelnder Polizeibeamter
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

OLG	Oberlandesgericht
PKH	Prozesskostenhilfe
RAF	Rote Armee Fraktion
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SIM	Subscriber Identity Module
SMS	Short Message Service
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
Urt.	Urteil
VE	Verdeckter Ermittler
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZFdG	Zollfahndungsdienstgesetz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1. Kapitel: Einleitung und Begriffsbestimmung

A. Einleitung

Der Gesetzgeber hat 1968 zum ersten Mal eine Eingriffsermächtigung mit einer sogenannten Subsidiaritätsklausel in die Strafprozessordnung eingefügt. Ab 1992 folgten ihr viele andere in unterschiedlich strengen Ausgestaltungen. Inzwischen spricht man von einem ganzen „System von Subsidiaritätsklauseln", das potenzielle Adressaten strafprozessualer Maßnahmen vor der Anordnung eben dieser Maßnahmen schützen soll. In den letzten Jahren haben Subsidiaritätsklauseln jedoch zunehmend Kritik erfahren. Die Kritik ist ausschließlich negativ und äußert sich zumeist in Form von kurzen, zugespitzten Werturteilen:

Welp sieht in den Subsidiaritätsklauseln mehr den Ausdruck des strapazierten rechtsstaatlichen Gewissens als wirklichen Schutz.[1] *Bernsmann/Jansen* bezeichnen das System von Subsidiaritätsklauseln als kaum zu bewältigende Begriffsjongliere-

[1] StV 1994, 161 (165).

rei und als ein überflüssiges Kunstgewebe.[2] Laut *Brüning* sind Subsidiaritätsklauseln der Höhepunkt der unbestimmten und damit nur schwerlich zu überprüfenden Eingriffsvoraussetzungen.[3] *Helmken* sieht das System von Subsidiaritätsklauseln als verwirrend und kaum durchschaubar an.[4] Nach *Zöller* haben Subsidiaritätsklauseln keine Systematik und seien auf Grund des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit überflüssig.[5] *Schoreit* bezeichnet einzelne Klauseln als nutzlose, nicht zu realisierende Schreibübungen.[6] Laut *Löffelmann* mindere die inflationäre Verwendung der Subsidiaritätsklauseln ihren Wert als limitierendes Merkmal.[7] *Schäfer* sieht in Subsidiaritätsklauseln rechtsstaatlich erscheinende Kautelen.[8] Nach *Kühne* ist die Schutzwirkung der Subsidiaritätsklauseln bestenfalls im Rahmen eines unverbindlichen Aufrufs zur Zurückhaltung anzusetzen.[9] Laut *Krüger* verlange die graduelle Unterscheidung in den verschiedenen Subsidiaritätsklauseln ein geradezu unrealistisches Differenzierungsvermögen.[10] *Hilger* hält es für möglich, dass die differenzierenden Abstufungen die Praxis überfordern und von ihr deswegen nivelliert werden könnten[11] oder zu große Einsatzschwellen bilden und von der Praxis „großzügig" interpretiert werden (müssten).[12] *Meyer-Goßner* setzt am frühsten an: Es falle schwer zu sagen, der Gesetzgeber habe es wenigstens „gut gemeint", man müsse vielmehr an seinem guten Willen zweifeln.[13]

Die gesamte Thematik der Subsidiaritätsklauseln hat das Schrifttum bislang nur fragmentarisch dargestellt. Die bis heute fundiertesten Gedanken über Subsidiaritätsklauseln hat sich *Peter Rieß* in seinem Aufsatz „Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren" gemacht.[14] In dem Aufsatz aus dem Jahr 1990 konnte er jedoch die spätere, enorme Entwicklung des Systems von Subsidiaritätsklauseln zwangsläufig nicht berücksichtigen. Wertvolle – wenn auch thematisch sehr eingeschränkte – Erkenntnisse steuerte auch *Friedrich-Christian Schroeder* in seinem Aufsatz „Die Ermittlungen des Aufenthaltsortes des Beschuldigten als Anwendungsvoraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen" bei.[15]

---

[2] StV 1998, 217 (221). Im Original heißt es auf Grund eines offensichtlichen Druckfehlers „überflüssiges Kunstgewe*r*be".
[3] *Brüning*, S. 225.
[4] StV 2003, 193 (195).
[5] StraFo 2008, 15 (19f.). Ähnlich *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (223).
[6] KK[6] (2008), § 163f Rn. 18.
[7] ZStW 2006, 358 (361).
[8] LR[25], Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 35.
[9] *Kühne*[8] (2010) Rn. 413.
[10] GS Gülzow, S. 39.
[11] FS Salger, S. 332.
[12] LR[26], Bd. 4 (2007), vor § 131 Rn. 2.
[13] ZRP 2000, 345 (348).
[14] GS Meyer, S. 367ff.
[15] GA 2005, 73.

Eine eingehende, umfassende Auseinandersetzung mit Subsidiaritätsklauseln, die darüber befinden könnte, ob und inwieweit die zitierten Kritiker Recht haben, fehlt bislang. Aufschluss soll die vorliegende Untersuchung bringen.

B. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung lässt sich in zwei größere Abschnitte einteilen:

Der erste Abschnitt umfasst das 2. bis 5. Kapitel und dient hauptsächlich dazu, Grundlagen zu legen und die späteren Kapitel vorzubereiten: Das 2. Kapitel bietet erste Orientierung über den Untersuchungsgegenstand. Es skizziert die Funktion, den Aufbau und den Inhalt von Subsidiaritätsklauseln. Das 3. Kapitel liefert den historischen Hintergrund und schildert die Entstehungsgeschichte strafprozessualer Eingriffsermächtigungen mit und ohne Subsidiaritätsklauseln. Es zitiert aus Gesetzesmaterialien zu Subsidiaritätsklauseln. Das 4. Kapitel bietet als Fortsetzung des vorhergehenden eine Bestandsaufnahme über die aktuell existierenden Subsidiaritätsklauseln und zeigt zusätzlich die in der Rechtsprechung entwickelten auf. Das 5. Kapitel beschäftigt sich mit dem Verhältnis der Subsidiaritätsklauseln zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Der zweite Abschnitt umfasst das 6. bis 8. Kapitel und setzt die Untersuchung aufbauend auf den Vorarbeiten des ersten Abschnitts fort: Das 6. Kapitel befasst sich mit dem Bedeutungsgehalt der Subsidiaritätsklauseln, setzt sich also mit dem Inhalt der Tatbestandsmerkmale der verschiedenen Subsidiaritätsklauseln auseinander und stellt eine Rangfolge unter den Subsidiaritätsklauseln auf. Das 7. Kapitel untersucht die Kollision von Ermittlungsmaßnahmen, deren Eingriffsermächtigungen gleich oder verschieden strenge Subsidiaritätsklauseln enthalten, das heißt die Frage, was gilt, wenn mehrere subsidiäre Maßnahmen angewandt werden sollen. Das 8. Kapitel fragt schließlich, ob das System der Subsidiaritätsklauseln konsistent ist, also lückenlos und in sich widerspruchsfrei.

Die Untersuchung beschränkt sich auf Eingriffsermächtigungen für Informationsbeschaffungsmaßnahmen. Die Frage nach der Subsidiarität einer Maßnahme gegenüber einer anderen und nach der Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln kann sich nur bei diesen Maßnahmen stellen. Auf die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO), die Sicherung zur Vorbereitung der Einziehung oder des Verfalls und die Rückgewinnungshilfe (§§ 111b ff. StPO), die Untersuchungshaft (§§ 112ff. StPO), die einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO) und die vorläufige Festnahme (§ 127 StPO) geht die Untersuchung nicht ein. Bei ihnen handelt es sich um Maßnahmen der Verfahrenssicherung beziehungsweise zum Teil auch der Gefahrenabwehr. Das hier zu untersuchende System von Subsidiaritätsklauseln spielt bei ihnen keine Rolle.

C. Begriffsbestimmung

Ermittlungsbehörde:
Der Begriff „Ermittlungsbehörde" dient nachfolgend als Oberbegriff für die Staatsanwaltschaft, die Finanzbehörden im Sinne des § 386 I AO, sofern sie selbständig wegen einer Steuerstraftat ermitteln (§§ 386 II, 399 I AO), die Polizei, die Finanzfahndung und die Zollbehörden, soweit sie zur Strafverfolgung tätig werden.

Strafverfolgungsbehörde:
Der Begriff „Strafverfolgungsbehörde" umfasst die Ermittlungsbehörde und Strafgerichte.

Polizei:
Mit dem Begriff der Polizei sind auch die Finanz- und Zollbehörden gemeint, soweit sie zur Strafverfolgung tätig werden.

Ermittlungsmaßnahme:
Vorliegend wird der Begriff „Ermittlungsmaßnahme" für alle Maßnahmen einer Strafverfolgungsbehörde im Erkenntnisverfahren verwendet, die dazu dienen, tatsächliche Umstände zu ermitteln, um den Verdacht eines strafbaren Verhaltens zu prüfen. Er gleicht inhaltlich dem Begriff „strafprozessuale Informationsbeschaffungsmaßnahme".

Eingriffsermächtigung:
Eine „Eingriffsermächtigung" ist die strafprozessuale Rechtsgrundlage für die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme.

2. Kapitel: Zum Vorverständnis der Subsidiaritätsklauseln

A. Überblick

Das Kapitel stellt den Untersuchungsgegenstand näher dar und bietet erste Orientierung sowie Vorverständnis für die weitere Untersuchung. Es geht in kurzer Form den Fragen nach: Was sind Subsidiaritätsklauseln? Wozu sind sie da? Wie sind sie aufgebaut und was regeln sie?

B. Zum Vorverständnis

I. Status und Funktion der Subsidiaritätsklauseln

Strafprozessuale Eingriffsermächtigungen enthalten häufig Formulierungen wie diese: [16]

> *Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Solche und ähnliche Formulierungen sind Subsidiaritätsklauseln.

Subsidiaritätsklauseln haben die Funktion, von Ermittlungsmaßnahmen ausgehende Grundrechtseingriffe zu minimieren.[17] Die Strafprozessordnung kennt verschiedene Arten von Subsidiaritätsklauseln, die unterschiedlich streng formuliert sind. Für den Gesetzgeber sind Subsidiaritätsklauseln ein Instrument der Feinsteuerung strafprozessualer Eingriffsbefugnisse.[18]

Subsidiaritätsklauseln begründen als Rechtsnormen ein ausdrückliches Subsidiaritätsverhältnis zwischen Ermittlungsmaßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen:[19] Die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme ist gegenüber anderen, das gleiche Ziel verfolgenden Maßnahmen nur nachrangig anwendbar. Das Subsidiaritätsverhältnis besteht zwischen Ermittlungsmaßnahmen mit einer Subsidiaritätsklausel gegenüber Maßnahmen, die keiner unterworfen sind sowie zwischen Ermittlungsmaßnahmen mit einer strengeren Subsidiaritätsklausel gegenüber solchen mit einer milderen. Setzt man die Ermittlungsmaßnahmen ohne Subsidiaritätsklauseln sowie die mit unterschiedlich strengen Klauseln zueinander in Beziehung, entsteht zwischen allen Maßnahmen ein Rangverhältnis, aus dem sich die Rangfolge unter ihnen ergibt. Die Rangfolge ist das Mittel der Eingriffsminimierung und Feinsteuerung.

Die Rangfolge gilt jedoch nicht absolut. Sie darf aus Gründen der Ökonomie oder zur besseren Erforschung des Sachverhalts durchbrochen werden. Die Subsidiaritätsklauseln stellen Bedingungen auf, unter denen die Rangfolge durchbrochen werden darf. Die Bedingungen sind materielle Anordnungsvoraussetzungen: Soll die subsidiäre Maßnahme entgegen der grundsätzlichen Rangfolge zuerst angeordnet werden, müssen sie erfüllt sein.

Subsidiaritätsklauseln beinhalten eine gesetzgeberische Bewertung: Die als subsidiär ausgestaltete Ermittlungsmaßnahme ist für den Adressaten gegenüber anderen Maßnahmen regelmäßig im Durchschnitt belastender.[20] Die unterschied-

---

[16] § 163f I 2 StPO.
[17] *Rieß*, GS Meyer, S. 378, *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (219).
[18] Vgl. *Glaser/Gedeon* GA 2007, 415 (422 Fn. 33).
[19] Siehe *Rieß*, GS Meyer, S. 368f. und *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 408.
[20] Vgl. *Rieß*, GS Meyer, S. 379.

lich starken Belastungen sind der Grund für das gesetzlich hergestellte Rangverhältnis unter den Maßnahmen. Bei der Bewertung der von den Maßnahmen ausgehenden Belastungen stellt der Gesetzgeber eine typisierende Betrachtung an. Als Parameter dient ihm dabei allein die Art der Ermittlungsmaßnahme selbst, der er eine typische Eingriffsschwere zuschreibt. Auf die Intensität der Maßnahme, ihre Dauer und die persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Nebenfolgen im konkreten Einzelfall heben die Subsidiaritätsklauseln dagegen nicht ab.[21] [22]

II. Struktur und Regelungsinhalt der Subsidiaritätsklauseln

Nach *Rieß´* grundlegendem Aufsatz „Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren“[23] sind Subsidiaritätsverhältnisse (auch solche auf Grund von Subsidiaritätsklauseln) durch drei Elemente gekennzeichnet:

1. Erstes Element: Bezugspunkt

Subsidiaritätsverhältnisse haben einen Bezugspunkt. Er bezeichnet das Ziel, das die konkurrierenden, im Subsidiaritätsverhältnis stehenden Ermittlungsmaßnahmen erreichen sollen.[24] Man kann auch von Ermittlungszielen sprechen. In der oben zitierten Subsidiaritätsklausel ist der Bezugspunkt „die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters“.

2. Zweites Element: Konkurrierende Maßnahmen

Das zweite Element eines Subsidiaritätsverhältnisses sind die konkurrierenden Ermittlungsmaßnahmen. Das sind alle Maßnahmen, die geeignet sind, die Ermittlungsziele zu erreichen, und von denen mindestens eine gegenüber den anderen nachrangig ist. Die nachrangige Maßnahme muss dazu notwendigerweise eindeutig bestimmt sein. Dagegen müssen die vorrangigen Maßnahmen nicht im Einzelnen bezeichnet werden. Es genügt, sie allgemein zu umschreiben.[25] In der zitierten Subsidiaritätsklausel ist die „längerfristige Observation“ des Beschuldigten die gemäß § 163f I 2 StPO nachrangige Ermittlungsmaßnahme. Das ergibt sich zwingend aus der Tatsache, dass die Klausel in die Eingriffsermächtigung für die längerfristige Observation eingefügt ist. Dagegen sind die vorrangigen Ermittlungsmaßnahmen mit „auf andere Weise“ nicht konkret bezeichnet. Sie im Gesetzes-

---

[21] Die Termini „Intensität“ und „Schwere“ eines Grundrechtseingriffs werden manchmal gleichgesetzt. Vorliegend ist mit Eingriffsschwere die Gesamtbelastung gemeint, die von der angeordneten Ermittlungsmaßnahme ausgeht. Mit Intensität ist lediglich die qualitative Komponente der Gesamtbelastung gemeint, die hauptsächlich mit der quantitativen Komponente „Eingriffsdauer“ die Gesamtbelastung ausmacht.

[22] Zu den aufgezählten Faktoren der Schwere eines Grundrechtseingriffs siehe *Michael/Morlok* (2008) Rn. 625.

[23] *Rieß*, GS Meyer, S. 367.

[24] *Rieß*, GS Meyer, S. 370.

[25] *Rieß*, GS Meyer, S. 370.

text konkret zu bestimmen ist nicht möglich, da es von Fall zu Fall verschiedene sein können.

3. Drittes Element: Bedingungen der Vorrangigkeit

a) Grundsätzliches

Das dritte und letzte Element eines Subsidiaritätsverhältnisses hat *Rieß* als „Subsidiaritätsbedingungen" bezeichnet. Unter ihnen versteht man die Gesamtheit der Umstände, bei deren Vorliegen die subsidiäre Maßnahme zulässig ist.[26] Die zitierte Subsidiaritätsklausel hat die Subsidiaritätsbedingungen, dass es (allein) mit alternativen Ermittlungsmaßnahmen „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre", die Ermittlungsziele zu erreichen. Die Bezeichnung „Subsidiaritätsbedingungen" ist jedoch irreführend: Die gemeinten Bedingungen legen nach ihrem Wortlaut fest, wann eine grundsätzlich subsidiäre Ermittlungsmaßnahme vorrangig angewandt werden darf. Sie begründen in ihrer unmittelbaren Funktion nicht die Subsidiarität, sondern überwinden sie. Man sollte daher zum besseren Verständnis von „Bedingungen der Vorrangigkeit" sprechen. Die Untersuchung wird nachfolgend diesen Begriff verwenden.

Die Bedingungen der Vorrangigkeit sind regelmäßig das einzige Element, durch das sich die verschiedenen Subsidiaritätsklauseln voneinander unterscheiden; sie sind unterschiedlich streng. Daraus ergibt sich auch ihre zweite, mittelbare Funktion: Sie bestimmen nicht nur, unter welchen Umständen die grundsätzliche Rangfolge unter den Maßnahmen überwunden werden darf, sondern legen bereits vorher diese Rangfolge abstrakt fest: Je strenger die Bedingungen der Vorrangigkeit sind, desto eingriffsschwerer ist nach der gesetzgeberischen Wertung die Maßnahme und desto weiter hinten soll sie in der Rangfolge der Maßnahmen stehen.

b) Zwei Gruppen der Bedingungen der Vorrangigkeit

Die Bedingungen der Vorrangigkeit einer grundsätzlich subsidiären Maßnahme lassen sich in zwei Gruppen unterteilen, von denen die erste auf den voraussichtlichen Ermittlungserfolg und die zweite auf die voraussichtliche Ermittlungserschwernis abstellt:

Die erste Gruppe vergleicht zwischen dem prognostizierten Ermittlungserfolg mit und ohne Anordnung der grundsätzlich subsidiären Maßnahme und erklärt: Die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme darf ausnahmsweise vorrangig angewandt werden, wenn es mit den alternativen Maßnahmen allein in einem bestimmten Maße unwahrscheinlicher wäre, die Ermittlungsziele zu erreichen. In der eingangs zitierten Subsidiaritätsklausel lautet der entsprechende Passus:

[26] *Rieß*, GS Meyer, S. 371.

> ... *wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend (…) wäre.*

Das prognostizierte Ausmaß, in dem der Aufklärungserfolg allein mit den grundsätzlich vorrangigen Ermittlungsmaßnahmen unwahrscheinlicher zu erzielen sein muss, kennt in den einzelnen Klauseln verschiedene graduelle Abstufungen: „weniger erfolgversprechend", „erheblich weniger erfolgversprechend" und „aussichtslos".

Die zweite Gruppe der Bedingungen der Vorrangigkeit vergleicht zwischen der prognostizierten Ermittlungserschwernis bei und ohne Durchführung der grundsätzlich subsidiären Maßnahme und erklärt: Die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme darf ausnahmsweise vorrangig angewandt werden, wenn es mit den alternativen Maßnahmen allein in einem bestimmten Maße schwerer wäre, die Ermittlungsziele zu verfolgen. In der oben zitierten Subsidiaritätsklausel lautet der entsprechende Passus:

> … *wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise (…) wesentlich erschwert wäre.*

Auch das prognostizierte Ausmaß, in dem diese Erschwernis bei alleiniger Anwendung der vorrangigen Ermittlungsmaßnahmen größer sein muss, kennt verschiedene graduelle Abstufungen: „erschwert", „wesentlich erschwert" und „unverhältnismäßig erschwert".[27] [28]

c) Abweichung: Eingliedrige Subsidiaritätsklauseln

Die allermeisten Subsidiaritätsklauseln folgen dem aufgezeigten Schema und erlauben die vorrangige Anwendung der subsidiären Maßnahme aus ökonomischen Gründen oder bei voraussichtlich besserem Ermittlungserfolg. Es sind zweigliedrige Subsidiaritätsklauseln. Daneben existieren auch eingliedrige Subsidiaritätsklauseln, die die subsidiäre Maßnahme ausschließlich dann für vorrangig anwendbar erklären, wenn es mit anderen Mitteln *aussichtslos* wäre, die Ermittlungsziele zu erreichen.[29] Im Gegensatz zu den zweigliedrigen Subsidiaritätsklauseln gehört zu

---

[27] Mit den verschiedenen Typen der Subsidiaritätsklauseln, ihrem Bedeutungsgehalt und der genauen Rangfolge zwischen den Klauseln werden sich das 4. und das 6. Kapitel näher befassen.

[28] Die Zulässigkeit der subsidiären Ermittlungsmaßnahme leitet sich aus einer negativen Aussage bezüglich der anderen Ermittlungsmaßnahmen ab (*Lützner*, S. 255). Sowohl beim Aufklärungserfolg wie auch beim Ermittlungsaufwand fragt der Gesetzgeber, wie groß die negativen Folgen der an sich vorrangigen Maßnahmen in einem konkreten Fall wären. Der Gesetzgeber hätte natürlich auch den umgekehrten Weg gehen und auf die positiven Folgen der subsidiären Maßnahme abstellen können. Die zitierte Subsidiaritätsklausel in § 163f I 2 StPO hätte dann gelautet: „Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn durch sie die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters erheblich erfolgversprechender oder wesentlich leichter wäre."

[29] Die Begriffe „eingliedrige" und „zweigliedrige Subsidiaritätsklauseln" werden hier eingeführt. Präzisier wäre es, von „Subsidiaritätsklauseln mit ein- und zweigliedrigen Bedingungen der Vorrangigkeit" zu sprechen, da nicht die Subsidiaritätsklausel als solche aus einem oder zwei Gliedern

den Bedingungen der Vorrangigkeit der eingliedrigen also nur der voraussichtlich schlechtere Aufklärungserfolg der alternativen Maßnahmen. Hierbei kennen die eingliedrigen Subsidiaritätsklauseln im Gegensatz zu den zweigliedrigen auch keine graduellen Abstufungen: Die anderen Maßnahmen müssen *aussichtslos* sein. Eine eingliedrige Subsidiaritätsklausel kann wie folgt lauten:[30]

> *Im Falle des Satzes 1 Nr. 2 ist die Maßnahme nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre ...*

besteht. Die ungenaueren, jedoch deutlich kürzeren Begriffe sollen aus Praktikabilitätsgründen allerdings den Vorzug erhalten.

[30] § 100g I 2 StPO.

3. Kapitel: Entstehung des Systems von Subsidiaritätsklauseln

A. Überblick

Subsidiaritätsklauseln waren der Strafprozessordnung vom 01.02.1877 fremd und blieben es für die Dauer von beinah einem Jahrhundert: Die erste Subsidiaritätsklausel – das sei an dieser Stelle vorweggenommen – hat der Gesetzgeber 1968 eingefügt, die weiteren nach und nach. Für die spätere Untersuchung des Bedeutungsgehalts der Subsidiaritätsklauseln im 6. Kapitel werden auch ihre Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien relevant sein. Das Gleiche gilt für die Frage nach der Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln, das heißt für die Frage, ob den Eingriffsermächtigungen der Strafprozessordnung Klauseln fehlen, ob sie die falschen enthalten oder ob bestimmte Klauseln überflüssig sind, der das 8. Kapitel nachgehen wird. Hierbei wird es auf die Kenntnis aller Eingriffsermächtigungen und ihres wesentlichen Inhalts ankommen. Aus diesem

Grund skizziert das vorliegende Kapitel die Entstehungsgeschichte der einzelnen strafprozessualen Eingriffsermächtigungen und in groben Zügen auch ihren Inhalt. Es berücksichtigt dabei insbesondere die Absichten des historischen Gesetzgebers und zitiert aus Gesetzesmaterialien, sofern sie Ausführungen zu Subsidiaritätsklauseln enthalten. Der historische Überblick über die Entstehungsgeschichte des Systems von Subsidiaritätsklauseln wird schließlich auch für die Schlussfolgerungen im 9. Kapitel eine wichtige Erkenntnisquelle sein.

Hatten spätere Gesetze Einfluss auf bereits bestehende Eingriffsermächtigungen mit Subsidiaritätsklauseln, handelt das Kapitel diese Gesetze zum besseren Verständnis bei dem Gesetz mit ab, das die Eingriffsermächtigung in die Strafprozessordnung eingefügt hat. Die Entstehung der Eingriffsermächtigung und ihre späteren Änderungen werden also zusammen in einem Abschnitt dargestellt.

B. Entstehung des Systems im Einzelnen

I. Die Strafprozessordnung vom 01.02.1877

1. Gesetzesziel

Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich[31] gehört neben der Zivilprozessordnung, dem Gerichtsverfassungsgesetz und der Konkursordnung zu den vier Reichsjustizgesetzen von 1877, die alle am 01.10.1879 in Kraft getreten sind. Das Ziel der Gesetze war es, nach der Reichseinheit von 1867/1871 auch die Rechtseinheit herzustellen.[32] [33] Bis dahin besaßen die einzelnen deutschen Staaten unterschiedliche Strafprozessordnungen. Für den Entwurf einer einheitlichen Strafprozessordnung ließen die beteiligten Stellen Gutachten über die Strafprozessordnungen sämtlicher deutscher Staaten sowie über bedeutende ausländische Strafprozessordnungen erstellen und unterzogen die verschiedenen Verfahrensordnungen einer vergleichenden Prüfung.[34] Obwohl die beteiligten Juristen nicht nach Originalität strebten, sondern das in den verschiedenen Strafprozessordnungen enthaltene „Gute“ beibehalten wollten, schufen sie letztlich einen selbständigen Entwurf.[35] Die Strafprozessordnung von 1877 kannte nur wenige Eingriffsermächtigungen, die in ihrem Kern bis heute erhalten sind. Keine von ihnen enthielt Subsidiaritätsklauseln.

---

[31] RGBl. 1877, S. 253.

[32] *Kühne*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), Einleitung, Abschnitt F Rn. 1.

[33] Auf dem Weg zur Rechtseinheit hatten bereits 1862 alle deutschen Staaten ein identisches Handelsgesetzbuch verabschiedet. Ein weiterer Schritt dorthin war das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.05.1871. Die Rechtsvereinheitlichung erreichte mit dem am 01.01.1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Höhepunkt.

[34] *Dochow*, S. 107.

[35] *Dochow*, S. 108 und *Kühne*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), Einleitung, Abschnitt F Rn. 6.

2. Unterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO)

§ 81 StPO erlaubte es in seiner ursprünglichen Fassung, nach Anklageerhebung den Angeschuldigten beziehungsweise Angeklagten bis zu sechs Wochen lang in einer „öffentlichen Irrenanstalt“ unterzubringen, damit ein psychiatrischer Sachverständiger ihn beobachten und seinen Geisteszustands begutachten konnte. Das Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933 hat den Anwendungsbereich der Vorschrift auf das Ermittlungsverfahren ausgedehnt. § 81 StPO erlaubt bis heute, den Beschuldigten zur Begutachtung in einem „öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus“ unterzubringen.

3. Beschlagnahme (§§ 94 - 98 StPO)

§ 94 StPO regelt die allgemeine Bestimmung über die Sicherstellung und Beschlagnahme von Beweisstücken: Gegenstände, die als Beweisstücke für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen (§ 94 I StPO). Gibt der Gewahrsamsinhaber den Gegenstand nicht freiwillig heraus, ist der Gegenstand zu beschlagnahmen (§ 94 II StPO). Die „Sicherstellung“ ist hierbei der Oberbegriff. Um Gegenstände sicherzustellen, werden sie grundsätzlich beschlagnahmt. Ist der Gewahrsamsinhaber einverstanden oder der Gegenstand nicht im Gewahrsam einer Person, genügt es, dass die Strafverfolgungsbehörde den Gegenstand in Verwahrung nimmt.[36]

Nach § 95 I StPO sind Zeugen, die ein Beweisstück in ihrem Gewahrsam haben, verpflichtet, es herauszugeben. Die Vorschrift wird vor allem dann relevant, wenn die Strafverfolgungsbehörde das Beweisstück nicht findet, jedoch weiß, dass es der Zeuge in seinem Gewahrsam hat.[37]

§ 96 1 StPO bestimmt Gegenstände, die nicht nach § 95 I StPO an die Strafverfolgungsbehörde herausgegeben werden müssen. Dies sind Akten oder andere Schriftstücke in Verwahrung einer Behörde, deren oberste Dienstbehörde erklärt, das Bekanntwerden des Inhalts würde dem Wohl des Bundes oder eines Bundeslandes Nachteile bereiten (Sperrerklärung). Gleiches gilt nach § 96 2 StPO für Akten und Schriftstücke, die sich im Gewahrsam eines Mitgliedes des Bundes- oder eines Landtages befinden.

Dagegen nennt § 97 StPO Gegenstände, die nicht beschlagnahmt werden dürfen, so dass Zeugen gar nicht nach § 95 I StPO herausgabepflichtig werden können. In der Fassung von 1877 handelte es sich bei diesen Gegenständen um Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und bestimmten Personen, die wegen Verwandtschaft mit dem Beschuldigten gemäß § 51 StPO a.F. oder auf Grund ihres Berufes gemäß § 52 StPO a.F. berechtigt waren, das Zeugnis zu verweigern.

---

[36] Siehe zum Ganzen und weitergehend zur Sicherstellung in anderer Weise als durch Beschlagnahme und Verwahrung *Nack*, in: KK[6] (2008), § 94 Rn. 15f.
[37] *LG Bonn* NStZ 1983, 327.

§ 97 StPO liegt folgender Gedanke zugrunde: Das Zeugnisverweigerungsrecht soll nicht durch die Beschlagnahme von Urkunden umgangen werden. Dabei nannte § 52 StPO in der Fassung von 1877 nur vier Berufsträger, die berechtigt waren, das Zeugnis darüber zu verweigern, was der Beschuldigte ihnen in Ansehnung ihres Berufes mitgeteilt hatte: Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte und Ärzte. In der Folge hat der Gesetzgeber § 52 StPO a.F. (§ 53 StPO n.F.) mehrfach um weitere zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsträger und ihre Helfer erweitert.[38] Das Beschlagnahmeprivileg von Medienmitarbeitern gemäß §§ 97 V, 53 I 1 Nr. 5, I 2 und 3 StPO wird aus Gründen des Sachzusammenhangs an späterer Stelle behandelt.

4. Postbeschlagnahme (§ 99 StPO)

Die Beschlagnahme von Postsendungen oder Telegrammen ist ein Unterfall der Beschlagnahme von Beweisstücken nach § 94 I StPO. Sie betrifft „Postsendungen" und „Telegramme", die sich im Gewahrsam eines Postunternehmens befinden. Die Postbeschlagnahme läuft in zwei Schritten ab: Der Richter oder Staatsanwalt (§ 100 I StPO) weist zunächst das Postunternehmen an, aktuelle oder zukünftige Postsendungen oder Telegramme auszusondern und an ihn auszuliefern. Erst im zweiten Schritt werden beweiserhebliche Postsendungen oder Telegramme im eigentlichen Sinne beschlagnahmt.[39] Die Postbeschlagnahme ist bei allen Postsendungen oder Telegrammen zulässig, die an den Beschuldigten gerichtet – das heißt adressiert – sind (§ 99 1 StPO). Sie ist auch zulässig, wenn aus vorliegenden Tatsachen zu schließen ist, dass die Postsendungen oder Telegramme – obwohl sie nicht an den Beschuldigten adressiert sind – für ihn bestimmt sind oder von ihm stammen und ihr Inhalt für die Untersuchung Bedeutung hat (§ 99 2 StPO). Inhaltlich ist die Ermächtigungsgrundlage seit 1877 weitgehend unverändert geblieben. Lediglich 1997 musste der Gesetzgeber sie abändern, um auch private Postunternehmen zu erfassen: Statt von „Post" und „Telegraphenanstalt" spricht § 99 StPO seitdem von „Personen oder Unternehmen, die geschäftsmäßig Post- und Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken".[40]

5. Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO)

Nach § 102 StPO können die Wohnung oder andere Räume des Verdächtigen, er selbst oder seine Sachen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass dabei Beweismittel aufgefunden werden (Ermittlungsdurchsuchung). Die Wohnung

[38] Siehe hierzu *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 97 Entstehungsgeschichte Anm. 1 und 2.
[39] *Nack*, in: KK[6] (2008), § 99 Rn. 5.
[40] Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz vom 17.12.1997 (BGBl. I 1997, S. 3108).

oder andere Räume des Verdächtigen können außerdem durchsucht werden, um ihn zu ergreifen (Ergreifungsdurchsuchung).[41]

Nach § 103 I 1 StPO sind bei Unverdächtigen Durchsuchungen nur zur Ergreifung des Beschuldigten oder zur Verfolgung von Spuren einer Straftat oder zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände zulässig. Entgegen dem etwas dürftigen oder sogar irreführenden Wortlaut des § 103 StPO ist mit „Durchsuchung“ auch die Durchsuchung des Unverdächtigen selbst und seiner Sachen gemeint.[42] Die Durchsuchung beim Unverdächtigen ist allerdings gegenüber der beim Verdächtigen nur unter engeren Voraussetzungen zulässig: Es müssen Tatsachen vorliegen, die darauf schließen lassen, dass sich der Beschuldigte, die Spur einer Straftat oder Beweismittel in den zu durchsuchenden Räumen befinden. Nach § 103 II StPO gilt diese Einschränkung nicht für Räume, in denen der Beschuldigte ergriffen worden ist oder die er während der Verfolgung betreten hatte, weil der Beschuldigte sich dort, wenn auch kurz, während der Flucht aufgehalten hatte.[43] [44]

6. Steckbrief (§ 131 StPO a.F.)

In § 131 StPO war ursprünglich der sogenannte Steckbrief geregelt. Der Steckbrief war eine Aufforderung, einen flüchtigen oder sich verbergenden Beschuldigten festzunehmen, die sich hauptsächlich an die Polizei richtete.[45] § 131 I StPO in der Fassung von 1877 erlaubte einem Richter oder Staatsanwalt einen Steckbrief gegen einen Beschuldigten zu erlassen, gegen den Haftbefehl bestand.[46] Nach § 131 II StPO durfte auch die Polizei einen Steckbrief erlassen, wenn ein vorläufig festgenommener Beschuldigter entwichen war oder sich sonst der Bewachung entzogen hatte. In diesem Fall mussten jedoch die Voraussetzungen für einen Haftbefehl vorliegen, da der Steckbrief nach § 131 II StPO die Verhaftung des Beschuldigten bezweckte.[47] Das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 02.08.2000 hat § 131 StPO stark geändert und Folgeparagrafen geschaffen, worauf später unter X. einzugehen sein wird.

---

[41] Bei der Durchsuchung der Wohnung oder anderer Räume kommt es allein auf deren faktische Nutzung durch den Verdächtigen an, nicht auf das Eigentum oder die vertragliche Nutzungsberechtigung. Die körperliche Durchsuchung des Beschuldigten erstreckt sich auf getragene Kleidungsstücke und ohne medizinische Geräte einsehbare Körperhöhlen und -öffnungen (siehe zum Ganzen *Nack*, in: KK[6] (2008), § 102 Rn. 9f.).

[42] *Löwe*[9] (1898), § 103 Anm. 2 und *Nack*, in: KK[6] (2008), § 103 Rn. 3.

[43] *Nack*, in: KK[6] (2008), § 103 Rn. 1.

[44] Auf die nachträglich geschaffene Eingriffsermächtigung für die Gebäudedurchsuchung gemäß § 103 I 2 StPO wird die Untersuchung unter IV. eingehen.

[45] *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[44] (1999), § 131 Rn. 1, *Ranft* StV 2002, 38 (40).

[46] Insofern handelte es sich beim Steckbrief grundsätzlich um ein Mittel zur Vollstreckung vorhergehender richterlicher Entscheidungen (*Löwe*[9] (1898), § 131 Anm. 1).

[47] *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[44] (1999), § 131 Rn. 4.

7. Generalklauseln (§§ 159, 161 StPO a.F.)

Die Generalklausel des § 159 1 StPO a.F. regelte in ihrer ursprünglichen Fassung, dass die Staatsanwaltschaft zur Aufklärung des Sachverhalts von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen jeder Art, mit Ausnahme eidlicher Vernehmungen, entweder selbst vornehmen oder auf die Polizei übertragen durfte. Die Polizei war nach § 159 2 StPO verpflichtet, dem Ersuchen nachzukommen. Gleichzeitig hatte die Polizei aber nach § 161 I StPO a.F. auch selbst die Aufgabe, „strafbare Handlungen zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunklung der Sache zu verhüten.“ Durch die Verordnung von 1924 über die Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege[48] hat der Gesetzgeber die Generalklauseln ohne inhaltliche Änderung in §§ 161, 163 StPO neu gefasst.

Bis zu Beginn der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts bestanden keine Zweifel darüber, dass die beiden Vorschriften Generalklauseln enthielten, die die Staatsanwaltschaft und Polizei ermächtigen, Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen, die nicht durch spezielle Eingriffsermächtigungen gedeckt waren. Danach wurden die Vorschriften zunehmend – in Verbindung mit dem Sachermittlungsauftrag des § 160 I StPO – als Aufgabenzuweisung an Staatsanwaltschaft und Polizei gesehen und nicht als Eingriffsermächtigung für anderweitige Ermittlungsmaßnahmen. Dabei bestanden keine Zweifel, dass eine solche Eingriffsermächtigung für die Praxis notwendig sei.[49] Der Gesetzgeber hat darauf mit dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 02.08.2000 reagiert. Die Änderungen der §§ 161, 163 StPO werden auf Gründen des Sachzusammenhangs unter X. dargestellt.

II. Das Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933

1. Gesetzesziel

Das Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933[50] fasste Änderungen zusammen, die das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung außerhalb des Strafgesetzbuches nach sich zog.[51] Es hat den Kreis der strafprozessualen Eingriffsermächtigungen zum ersten Mal erweitert, dabei jedoch keine Subsidiaritätsklauseln eingeführt.

[48] RGBl. I 1924, S. 322.
[49] Eingehend *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 161 Rn. 3.
[50] RGBl. I 1933, S. 1000.
[51] *Schäfer/Richter/Schafheutle*, S. 79.

2. Körperliche Untersuchung (§ 81a StPO)

§ 81a StPO gestattete es in seiner ursprünglichen Fassung, den Beschuldigten und Dritte körperlich zu untersuchen, um ermittlungsrelevante Tatsachen zu gewinnen, Dritte allerdings nur, um an ihrem Körper „Folgen oder Spuren“ einer Straftat (z.B. Kampfspuren, Verletzungen) festzustellen. Bis dahin war strittig, ob auch die körperliche *Untersuchung* des Beschuldigten und Dritter auf die Vorschriften über ihre *Durchsuchung* (§§ 102, 103 StPO) gestützt werden konnte.[52] Die gleiche Eingriffsermächtigung gestattete auch körperliche Eingriffe durch einen Arzt beim Beschuldigten und bei Dritten vornehmen zu lassen. Den bis heute wichtigsten Fall eines solchen Eingriffs erwähnte das Gesetz ausdrücklich: die Blutentnahme. Die Möglichkeit der körperlichen Eingriffe ging über das bis dahin geltende Recht hinaus.[53]

Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.09.1950[54] hat die körperlicher Untersuchung Dritter in § 81c StPO neu gefasst und dabei die Zulässigkeitsvoraussetzungen verschärft. Der Dritte ist seitdem insbesondere berechtigt, die Untersuchung zu verweigern, falls ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Er darf nicht untersucht werden, wenn ihm die Untersuchung bei Würdigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann.

3. Erkennungsdienstliche Behandlung (§ 81b StPO)

§ 81b StPO normiert die erkennungsdienstliche Behandlung: Die Ermittlungsbehörde darf den Beschuldigten fotografieren und messen, um ihn im laufenden und in zukünftigen Ermittlungsverfahren identifizieren zu können, und seine Fingerabdrücke nehmen, um sie im laufenden und in zukünftigen Ermittlungsverfahren zur Tataufklärung abgleichen zu können.[55]

III. Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz) (G10) vom 13.08.1968

1. Gesetzesziel

Gemäß Art. 5 II des Deutschlandvertrages vom 26.05.1952 in der Fassung vom 23.10.1954[56] hatten sich die Drei Mächte (USA, Großbritannien, Frankreich) vor-

[52] *Gündel*, in: LR[19] (1934), § 81a Anm. 3.
[53] *Gündel*, in: LR[19] (1934), § 81a Anm. 4.
[54] BGBl. I 1950, S. 455.
[55] Die gesetzliche Grundlage für solche Maßnahmen war bis dahin ebenfalls streitig, siehe *Gündel*, in: LR[19] (1934), § 81b Anm. 1.
[56] BGBl. II 1955, S. 306.

behalten, die in der Bundesrepublik stationierten alliierten Streitkräfte selbst zu schützen. Zu dem Vorbehalt gehörte unter anderem auch das Recht, das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis zu beschränken, soweit das notwendig wurde, um Gefahren von den alliierten Streitkräften abzuwenden. Der Vorbehalt sollte nach Art. 5 II 1 des Deutschlandvertrages erlöschen, „sobald die zuständigen deutschen Behörden entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung erhalten haben und dadurch in Stand gesetzt sind, wirksamen Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit dieser Streitkräfte zu treffen, einschließlich der Fähigkeit, einer ernstlichen Störung der Sicherheit und Ordnung zu begegnen.“ Um das Vorbehaltsrecht der Drei Mächte abzulösen, musste der Gesetzgeber den deutschen Geheimdiensten deswegen unter anderem erlauben, den Fernmeldeverkehr zu überwachen und aufzuzeichnen.[57] Dies geschah durch das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz) (G 10) vom 13.08.1968.[58] [59] Bei dieser Gelegenheit hat der Gesetzgeber im gleichen Artikelgesetz auch für die Strafverfolgungsbehörden das Recht geschaffen, den Fernmeldeverkehr zu überwachen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung führte aus, auf die Überwachung des Fernmeldeverkehrs als Mittel zur Aufklärung bestimmter schwerer Straftaten könne nicht verzichtet werden, was vor allem einige Fälle des erpresserischen Kinderraubs der letzten Jahre deutlich gemacht hätten.[60] Der Gesetzgeber hat die neue Eingriffsermächtigung als §§ 100a, 100b in die Strafprozessordnung eingefügt.[61] Er hat dabei auch die erste Subsidiaritätsklausel geschaffen.

2. Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO)

§ 100a StPO bildete in der ursprünglichen Fassung die Eingriffsermächtigung für die „Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs“, zu dem damals der Fernsprech-, der Fernschreib- und der Funkverkehr gehörten.[62] Die Rechtsprechung hat den Begriff des „Fernmeldeverkehrs“ auch auf die nach 1968 entwickelten Kommunikationsmittel angewandt. Der Gesetzgeber hat die Richtigkeit dieser Rechtsprechung nochmals verdeutlicht und durch das Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz vom 17.12.1997[63] den Begriff „Fernmeldeverkehr“ durch „Telekommunikation“ ersetzt. Er hat den Wortlaut dadurch auch an die Terminologie des Telekommunikationsgesetzes angepasst.[64] Der Begriff der „Telekommunikation“ ist sehr weit und umfasst alle Arten des technischen Aussendens, Über-

[57] Siehe § 1 I G 10 am Ende.
[58] BGBl I 1968, S. 949.
[59] Siehe eingehend *Dürig* Archiv PF 1969, 293 (295f.), kürzer: BVerfGE 30, 1 (4).
[60] BT-Drucks. V 1880, S. 7, *Dünnebier*, in: LR[22], Bd. 1 (1971), § 100a Anm. 1.
[61] Zu den jahrelangen Vorarbeiten siehe *Dürig* Archiv PF 1969, 293 (296f.).
[62] *Schwarz/Kleinknecht*[26] (1969), § 100a, Anm. 1) A.
[63] BGBl. I 1997, 3108.
[64] Siehe näher *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 27.

mittelns und Empfangs von Daten: Telefon, SMS, MMS, Bildtelefon, Telex, Telebox, Telefax, Fernschreiben, Internetkommunikation wie E-Mail oder Internettelefonie.[65] Von der Überwachung der Telekommunikation werden neben ihren eigentlichen Inhalten auch die für die Praxis wichtigen Verkehrsdaten erfasst. Bei Mobiltelefonen sind es vor allem die Standortdaten, die darüber Auskunft geben, in welche Funkzelle das Mobiltelefon sich eingebucht hat, wodurch eine grobe Ortung des Überwachten möglich ist.[66]

§ 100a StPO enthielt in seiner ursprünglichen Fassung einen vergleichsweise überschaubaren Straftatenkatalog, der sich auf Staatsschutzdelikte und Delikte der Hochkriminalität beschränkte.[67] Der Gesetzgeber hat den Katalog seitdem immer weiter ausgedehnt.[68] Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, eine Katalogtat sei begangen oder versucht worden, darf die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation angeordnet werden. Die Anordnung darf sich gegen den Beschuldigten richten, aber auch gegen andere Personen, die für den Beschuldigen Nachrichten entgegennehmen oder dessen Nachrichten weitergeben (sogenannte Nachrichtenmittler) oder deren Anschluss der Beschuldigte benutzt. Das Gesetz vom 13.08.1968 hat – wie erwähnt – die erste Subsidiaritätsklausel in die Strafprozessordnung eingefügt: Die Überwachung und Aufnahme der Telekommunikation durfte nur dann angeordnet werden, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Die Begründung des Gesetzesentwurfs führte zur Subsidiaritätsklausel aus:[69]

> *Eine weitere, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Beschränkung für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs liegt darin, dass diese Maßnahmen subsidiärer Natur sind und nicht angeordnet werden dürfen, wenn die Sachaufklärung auch auf anderem Wege, etwa durch die Auskunft nach § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen, ohne unverhältnismäßig größeren Arbeits-, Zeit- oder Kostenaufwand möglich ist. Erst wenn andere Wege der Sachaufklärung fehlen oder nur unter erheblich größeren Schwierigkeiten gangbar wären, ist die Überwachung des Fernmeldeverkehrs zulässig.*

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007[70] hat die Klausel in § 100a I Nr. 3 StPO n.F. neu gefasst. Der Gesetzgeber hat die Klausel inhaltlich unverändert gelassen, lediglich

---

[65] Ausführlich *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100a Rn 4 und 14ff.

[66] Zu den Verkehrsdaten insgesamt siehe *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100a Rn 8ff.

[67] Vgl. *Dünnebier*, LR[22], Bd. 1 (1971), § 100a Anm. 5. Zur Hochkriminalität zählte § 100a I Nr. 2 StPO a.F.: Mord, Totschlag, Münzverbrechen, Raub, räuberische Erpressung, Verschleppung, erpresserische Kindesentführung, Mädchenhandel, Straftaten nach § 138 StGB und Erpressung.

[68] Siehe dazu im Überblick *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 2.

[69] BT-Drucks. V/1880, S. 7.

[70] BGBl. I 2007, S. 3198.

die Reihenfolge von „aussichtslos" und „wesentlich erschwert" vertauscht. Die Telekommunikation darf seitdem überwacht und aufgezeichnet werden, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.* [71]

Dasselbe Gesetz hat auch ein wichtiges Beweiserhebungsverbot in § 100a IV 1 StPO n.F. eingefügt: Die Maßnahme ist unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch die Überwachung der Telekommunikation *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden.[72] [73]

IV. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 14.04.1978

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 14.04.1978[74] hatte insbesondere die Bekämpfung der terroristischen Gewaltkriminalität zum Ziel.[75] [76] Es hat die nachfolgend unter Ziffer 2 – 4 dargestellten Eingriffsermächtigungen eingeführt, die dazu dienen, den Tatort schnell abzuriegeln, den flüchtenden Täter zu identifizieren, ihn festzunehmen und Beweise sicherzustellen. Das Gesetz hat keine neuen Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung eingefügt.

---

[71] Diese Reihenfolge gibt es – wie sich später noch zeigen wird – in der Strafprozessordnung nur noch bei der akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100c I Nr. 4 StPO n.F.). Dort gab es sie auch zuerst (§ 100c I Nr. 3 StPO i.d.F. von 1998). Die Abweichung von allen anderen Subsidiaritätsklauseln hat keinen erkennbaren sachlichen Grund und ist offensichtlich ein (folgenloses) redaktionelles Versehen.

[72] Auf den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung wird das 8. Kapitel B I 3 d) aa) näher eingehen.

[73] Nach *Puschke/Singelnstein* ist der Anwendungsbereich des Beweiserhebungsverbotes nahezu auf Null reduziert, da bei der Überwachung der Telekommunikation nur höchst selten ausschließlich Inhalte aus dem Kernbereich betroffen sein werden. Die Vorschrift genüge daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen (NJW 2008, 113 (114) m.w.N.). Genau das wird das BVerfG auf Grund einer derzeit anhängigen Verfassungsbeschwerde überprüfen, vgl. den Beschluss des BVerfG vom 15.10.2008 (DVBl. 2008, 1566 (1569 Rn. 137)).

[74] BGBl. I 1978, S. 497.

[75] Der Terror der „Rote Armee Fraktion" (RAF) erreichte 1977 seinen Höhepunkt: Mitglieder der RAF ermordeten am 07.04.1977 Generalbundesanwalt Siegfried Buback und zwei seiner Begleiter, am 30.07.1977 den Vorstandssprecher der Dresdner Bank Jürgen Ponto und entführten am 05.09.1977 Arbeitgeberpräsident Hanns-Martin Schleyer, nachdem sie seine vier Begleiter erschossen hatten. Schleyer wurde am 19.10.1977 im Elsaß tot aufgefunden (*Müller*, Deutsche Geschichte, Kapitel 15.11).

[76] Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes vergleiche *Kurth* NJW 1979, 1377 (1377f.), *Rieß*, in: LR[23], Bd. 6 (1980), § 163b Rn. 4 – 8.

2. Identitätsfeststellung (§§ 163b, 163c StPO)

Mit den §§ 163b, 163c StPO ist erstmals eine umfassende Befugnis der Identitätsfeststellung zu Zwecken der Strafverfolgung normiert worden.[77] § 163b I 1 StPO gestattet es den Ermittlungsbehörden, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um die Identität des Verdächtigen festzustellen. Diese Generalklausel ermöglicht insbesondere, den Verdächtigen anzuhalten, nach den Personalien zu befragen, Ausweispapiere von ihm zu verlangen und Überprüfungen in polizeilichen EDV-Systemen vorzunehmen.[78] Nach § 163a I 2 und 3 StPO darf die Ermittlungsbehörde den Verdächtigen zur Identitätsfeststellung auch festhalten, durchsuchen oder erkennungsdienstlich behandeln, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.[79] [80]

§ 163b II 1 StPO erlaubt die Identität Unverdächtiger festzustellen, wenn und soweit dies zur Aufklärung einer Straftat geboten ist, also insbesondere, wenn der Unverdächtige Zeuge der Straftat geworden ist.[81] Im Vergleich zur Feststellung der Identität des Verdächtigen sind die rechtlichen Möglichkeiten der Ermittlungsbehörde gegenüber Unverdächtigen jedoch stärker eingeschränkt: Die Ermittlungsbehörde darf den Unverdächtigen nicht gegen seinen Willen durchsu-

[77] Zu den bis dahin bestehenden Gesetzeslücken: *Kurth* NJW 1979, 1377 (1378), *Rieß*, in: LR[23], Bd. 6 (1980), § 163b Rn. 1, *Griesbaum*, in: KK[6] (2008), § 163b Rn. 1.

[78] *Griesbaum*, in: KK[6] (2008), § 163b Rn. 13.

[79] Festhalten meint die Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Verdächtigen über die Zeit hinaus, die an sich zur Identitätsüberprüfung notwendig wäre, um eine sofort nicht mögliche Identitätsfeststellung später durchzuführen (*Rieß*, in: LR[23], Bd. 6 (1980), § 163b Rn. 30, *Griesbaum*, in: KK[6] (2008), § 163b Rn. 15). Das Festhalten selbst ist kein Mittel der Identitätsfeststellung, da es keine Beugemaßnahme ist (*Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163b Rn. 23a m.w.N.).

[80] § 163b I 2 Hs. 2 StPO wird – soweit ersichtlich – in der gesamten Literatur nicht als Subsidiaritätsklausel bezeichnet. Dabei erinnert die verwendete Formulierung sehr an eine solche Klausel: Sie hat einen Bezugspunkt (Identitätsfeststellung), konkurrierende Maßnahmen (Maßnahmen auf Grund der Generalklausel ggf. mit Festhalten, Durchsuchung und Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen) und nennt die Bedingungen, unter denen die stärker belastenden Maßnahmen vorrangig durchgeführt werden dürfen. Dennoch ist die Subsidiaritätsklausel keine der üblichen, wobei dies nicht an den fehlenden gewohnten Formulierungen liegt. Der Hauptunterschied zu den in dieser Arbeit zu untersuchenden Subsidiaritätsklauseln besteht drin, dass die alternativen Maßnahmen nicht offen als Ermittlungen „auf andere Weise" umschrieben werden. Der Kreis der konkurrierenden Maßnahmen ist vom Wortlaut des § 163b I StPO vorgegeben und dadurch geschlossen: Es geht um die Identitätsfeststellung mittels Maßnahmen auf Grund der Generalklausel ggf. mit Festhalten, Durchsuchung und Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. Nur zwischen diesen Maßnahmen begründet die Klausel eine Subsidiarität. Könnte die Identität des Verdächtigen auch durch die Telefonüberwachung ermittelt werden, bezöge sich die Subsidiaritätsklausel in § 163b I StPO nicht auf diese Maßnahme. Die Klausel ist also sehr kleinräumig und nicht Teil des hier zu untersuchenden Systems von Subsidiaritätsklauseln. Typische Probleme des Systems wie die Kollision von Klauseln können gar nicht entstehen. Die Subsidiaritätsklausel in § 163b I StPO wird in der weiteren Untersuchung deswegen auch nicht als eine Subsidiaritätsklausel im Sinne der zu untersuchenden behandelt.

[81] Vgl. *Griesbaum*, in: KK[6] (2008), § 163b Rn. 17.

chen oder erkennungsdienstlich behandeln (§ 163b II 2 Hs. 2 i.V.m. I 3 StPO). Gleichwohl darf sie ihn – wie den Verdächtigen auch – festhalten.

Der Verdächtige wie der Unverdächtige dürfen nur so lange festgehalten werden, wie es zur Identitätsfeststellung unerlässlich ist (§ 163c I 1 StPO). Sie sind unverzüglich einem Amtsrichter vorzuführen, der über die Rechtmäßigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung zu entscheiden hat, falls dies nicht länger als die Maßnahmen zur Identitätsfeststellung selbst dauern würde (§ 163c I 2 StPO). Die Ermittlungsbehörde darf die Personen nicht länger als zwölf Stunden festhalten, um ihre Identität festzustellen (§ 163c III StPO).

3. Kontrollstellen (§ 111 StPO)

§ 111 StPO erlaubt es, bei Verdacht bestimmter schwerer Straftaten polizeiliche Kontrollstellen auf öffentlichen Straßen und Plätzen zu errichten. An den Kontrollstellen ist jedermann – also auch zunächst Unverdächtige – verpflichtet, seine Identität feststellen, sich und mitgeführte Sachen durchsuchen zu lassen (§ 111 I 2 StPO). Zwar erlaubte es die bis dahin geltende Gesetzeslage der Ermittlungsbehörde, eine sogenannte Sichtkontrolle des vorbeifließenden Straßenverkehrs durchzuführen. Der einzelne Verkehrsteilnehmer durfte bei dieser Maßnahme jedoch nur dann angehalten und seine Identität zu Zwecken der Strafverfolgung überprüft werden, wenn er auf frischer Tat im Sinne des § 127 StPO betroffen oder verfolgt worden war. Personen und ihre Sachen durften nur durchsucht werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 102, 103 StPO erfüllt waren. Das setzte einen bereits vorhandenen, konkreten Tatverdacht gegen eine bestimmte Person voraus und war deswegen zur Identifizierung und Festnahme eines flüchtenden Gewalttäters zu ineffektiv.[82]

4. Gebäudedurchsuchung (§ 103 I 2 StPO)

§ 103 I 2 StPO gestattet, wiederum beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten, ganze Gebäude zu durchsuchen, um einen Beschuldigten zu ergreifen. Diese Gebäude können unter Umständen auch große Mietshäuser mit zahlreichen einzelnen Wohnungen sein. Nach der bis 1978 geltenden Gesetzeslage war nur die Durchsuchung einzelner Räume oder Wohnungen zulässig, wenn der Verdacht bestand, dass der Beschuldigte sich gerade in ihnen aufhielt. Gelang es nicht, diese Wohnungen oder andere Räume zu ermitteln, war es ausgeschlossen, alle Räume eines Gebäudes zu durchsuchen, auch wenn sicher war, dass der Beschuldigte sich in einem von ihnen verborgen hielt.[83]

---

[82] Vgl. insbesondere *Kurth* NJW 1979, 1377 (1381).
[83] Vgl. zum Ganzen *Kurth* NJW 1979, 1377 (1383).

V. Passgesetz und Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 19.04.1986

1. Gesetzesziel

Das Passgesetz und Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 19.04.1986[84] hat eine Eingriffsermächtigung für die Schleppnetzfahndung in § 163d StPO eingefügt.[85] Die neue Vorschrift ist am 01.04.1987 in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes war es, eine Rechtsgrundlage für die seit Jahren in der Polizeipraxis gebräuchliche computergestützte Fahndungsmethode einzuführen, die eine isolierte Vorwegregelung einer umfassenden Gesamtregelung für alle computergestützten Fahndungsmaßnahmen sein sollte.[86] Die Neuregelung wurde notwendig, nachdem das BVerfG im sogenannten Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG) das Grundrecht auf „informationelle Selbstbestimmung" abgeleitet hatte.[87] Dieses Recht schützt allgemein die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden. Unter den modernen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung bedurfte es hier eines besonderen Schutzes: Die Speicherung von Daten in Dateien unterscheidet sich wegen der schnellen und unbegrenzten Verfügbarkeit qualitativ von Daten in herkömmlichen Akten. Es besteht die Gefahr der unbegrenzten Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten.[88] Die Schleppnetzfahndung sollte helfen, den Terrorismus zu bekämpfen. Als die Neuregelung verabschiedet worden ist, erwartete man, die politisch motivierte Gewalt werde weiter ansteigen.[89]

---

[84] BGBl. I 1986, S. 537.

[85] Zur Entstehungsgeschichte siehe *Rogall* NStZ 1986, 385 (385f.).

[86] Vgl. *Kühl* NJW 1987, 737 (739), *Rogall* NStZ 1986, 385 (387) und *Rieß*, in: LR[24], Bd. 2 (1989), § 163d Rn. 1.

[87] BVerfGE 65, 1 (41ff.).

[88] Später hat das BVerfG seine Rechtsprechung ausgeweitet bzw. dahingehend klargestellt, dass der Grund und die Ursachen der Schutzbedürftigkeit nicht allein in den Möglichkeiten der EDV liegen. Vielmehr schütze das Recht auf informationelle Selbstbestimmung generell vor staatlicher Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (BVerfGE 78, 77 (84)). Siehe hierzu auch *Murswiek*, in: Sachs[4] (2007), Art. 2 Rn. 73, *Kunig*, in: Münch/Kunig[5], Bd. 1 (2000), Art. 2 Rn. 38, *Duttge* JZ 1996, 556 (559) und BVerfGE 84, 192 (194). Ein Teil der Literatur lehnt eine derartige Ausweitung des Gesetzesvorbehalts im Hinblick auf die Gewaltenteilung ab: Der Exekutive müsse ein Bereich eigenverantwortlichen Handelns verbleiben (*Renzikowski* JZ 1997, 710 (714 Fn. 39 m.w.N.). Zur uferlosen Ausweitung des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung siehe *Ladeur* DÖV 2009, 45.

[89] *Wittig* JuS 1997, 961 (963) m.w.N.

2. Schleppnetzfahndung (§ 163d StPO)

Die Schleppnetzfahndung[90] ermächtigt Strafverfolgungsbehörden, bei Massenkontrollen gemäß § 111 StPO oder bei Grenzkontrollen anfallende personenbezogene Daten zur Aufklärung bestimmter Straftaten zu verarbeiten und zu nutzen.[91] Voraussetzung dafür ist gemäß § 163d I 1 StPO, dass Tatsachen den Verdacht begründen, eine in § 111 StPO bezeichnete Straftat sei begangen oder Straftatbestände verwirklicht worden, auf die sich § 100a II Nr. 6 bis 9 und 11 StPO beziehe.[92] Bei den zu erhebenden Daten handelt es sich um die Identität der kontrollierten Personen und Umstände, die für die Aufklärung der Straftat oder für die Ergreifung des Täters von Bedeutung sein können.[93] Gemäß § 163d III 2 StPO sind die Personen, deren Daten erhoben werden sollen, nach Merkmalen oder Eigenschaften so genau zu bezeichnen, wie dies im Anordnungszeitpunkt möglich ist.[94] Die gespeicherten Daten sollen weiterverarbeitet – etwa mit sonstigem Fahndungsbestand abgeglichen – werden, um einen Tatverdacht gegen eine konkrete Person zu begründen oder zu erhärten. [95] Die Speicherung darf für die Dauer von bis zu drei Monaten angeordnet und einmalig um höchstens drei Monate verlängert werden (§ 163d III 4 und 5 StPO).

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, eine Subsidiaritätsklausel in § 163d StPO einzufügen, weil die Schleppnetzfahndung ihrer Natur nach am Anfang der Ermittlungen steht und neben anderen Aufklärungsmitteln Bedeutung hat.[96]

---

[90] Den Begriff „Schleppnetzfahndung" halten viele Literaturstimmen für schlecht gewählt, da er Falsches suggeriere, siehe *Wittig* JuS 1997, 961 (962) m.w.N.

[91] *Wittig* JuS 1997, 961 (962).

[92] In der Fassung von 1986 bezog sich § 163d 1 StPO auf die Katalogtaten im damaligen § 100a 1 Nr. 3 und 4 StPO. Nr. 3 und 4 beinhalteten als Katalogtaten Verstöße gegen das Waffengesetz, das Außenwirtschaftsgesetz, das Kriegswaffenkontrollgesetz und das Betäubungsmittelgesetz. Der am 01.01.2008 in Kraft getretene § 100a II Nr. 6 – 9 und 11 StPO n.F. hat ebenfalls diese Deliktsfelder zum Gegenstand, die zwischenzeitlich jedoch um einzelnen Straftatbestände und zusätzlich um Straftaten nach dem Grundstoffgesetz erweitert worden sind.

[93] Welche Umstände ermittlungsrelevant sein können, lässt sich abstrakt nicht eingrenzen. Zu ihnen zählen auf jeden Fall: Ort, Zeit, Anlass und Ergebnis der Überprüfung, benutzte Fahrzeuge, mitgeführte Gegenstände, Ergebnisse einer etwaigen erkennungsdienstlichen Behandlung und Durchsuchung, freiwillige Angaben des Beschuldigten zum Reiseweg und Reiseziel (*Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163d Rn. 26f., *Wittig* JuS 1997, 961 (964), *Rogall* NStZ 1986, 385 (390), *Riegel* CuR 1986, 138 (144)).

[94] Ist der Name des Täters noch nicht bekannt, so sind hinreichend konkrete Angaben über beispielsweise sein ungefähres Alter, körperliche Merkmale, Wohnort oder benutztes Fahrzeug zu machen (*Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163d Rn. 28).

[95] *Rogall* NStZ 1986, 385 (387 und 390).

[96] Siehe *Rogall* NStZ 1986, 385 (389), allerdings ohne Nachweis aus den Gesetzesmaterialien für eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Subsidiaritätsklausel. Für eine Subsidiaritätsklausel hat sich *Riegel* ausgesprochen (CuR 1986, 139 (145f.).

VI. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992 (OrgKG)

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992[97] hat die unten aufgeführten Eingriffsermächtigungen in die Strafprozessordnung eingefügt.[98] Auf dem Gebiet des Strafverfahrens war es das Ziel des Gesetzes, den Strafverfolgungsbehörden zu ermöglichen, vor allem Straftaten der sogenannten Organisierten Kriminalität effektiver aufzuklären. Bereits damals praktizierte „verdeckte" Ermittlungsmaßnahmen sollten auf eindeutige rechtliche Grundlagen gestellt und auch neue Eingriffsbefugnisse für „verdeckte" Ermittlungsmaßnahmen geschaffen werden.[99] Wie bei der Schleppnetzfahndung war es das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung", das den Gesetzgeber teilweise zwang, eindeutige Eingriffsermächtigungen zu schaffen. Sie sollten es erlauben, „in das Innere der kriminellen Organisationen einzudringen."[100] Die Begründung des Gesetzesentwurfs zählte zu den Straftaten der Organisierten Kriminalität vor allem den stark angestiegenen Rauschgifthandel, daneben aber auch die Geldfälschung, den bandenmäßigen Diebstahl und Einbruchsdiebstahl, die Verschiebung hochwertiger Kraftfahrzeuge ins Ausland, die Kriminalität im Umfeld der Prostitution und die Erpressung von Schutzgeld. Neben der angestiegenen Zahl der Delikte habe sich auch ihre Qualität geändert: Die Täter gingen organisiert vor, seien international verflochten, nutzten persönliche und geschäftliche Verbindungen mit hoher krimineller Energie und Kapitalkraft, um hohe illegale Gewinne zu erzielen, bereiteten die Taten konspirativ vor und führten sie konspirativ durch.[101] [102] Das Gesetz hat einige Subsidiaritätsklauseln neu in die Strafprozessordnung eingefügt. Die Klauseln sollten ein in sich konsistentes System werden, das den Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen begrenzt, mit denen nach Einschätzung des Gesetzgebers besonders schwerwiegende Eingriffe in den grundrechtlich geschützten Bereich verbunden sind.[103] Die Subsidiaritätsklausel in § 100a StPO hörte nach 24 Jahren auf, die einzige zu sein.

[97] BGBl. I 1992, S. 1302.
[98] Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes: *Hilger* NStZ 1992, 457 (457f.), *Caesar* ZRP 1991, 241 (241f.)
[99] *DAV* StV 1992, 29 (33), *Krey/Haubrich* JR 1992, 309 (309), *Caesar* ZRP 1991, 241 (243).
[100] BT-Drucks. 12/989, S. 41.
[101] BT-Drucks. 12/989, S. 20f.
[102] *Eisenberg* kritisierte, die Organisierte Kriminalität sei noch nicht befriedigend definiert worden, weswegen es keine zuverlässige Lagebeurteilung gebe und diese daher von subjektiven Einschätzungen abhänge (NJW 1993, 1033 (1033f.)).
[103] *Rieß*, GS Meyer, S. 389 zum Vorgängerentwurf des OrgKG 1992, der dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer gefallen ist: StVÄG 1989.

2. Rasterfahndung (§ 98a StPO)

Die Rasterfahndung erlaubt es bei Straftaten von „erheblicher Bedeutung“ auf dem Gebiet bestimmter Gruppen schwerer Delikte, öffentliche Stellen und Private zu verpflichten, ihre Computerdateien nach bestimmten Prüfungskriterien (Rastern), die vermutlich auf den Täter zutreffen, durchlaufen zu lassen und die Treffer in einer separaten Datei der Ermittlungsbehörde zu übermitteln. Im zweiten Schritt gleicht die Ermittlungsbehörde die auf diese Weise von zwei oder mehr Stellen gelieferten Dateien computergestützt miteinander ab, um Personen herauszufiltern, die als Schnittmenge alle oder zumindest mehrere Merkmale erfüllen (positive Rasterfahndung), oder Personen auszuschließen, die sie nicht erfüllen (negative Rasterfahndung).[104] Die Polizei nutzt diese Ermittlungsmethode bereits seit Mitte der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts.[105] Die Schleppnetzfahndung nach § 163d StPO und die Rasterfahndung nach § 98a StPO arbeiten beide mit „Rastern“. Der grundsätzliche Unterschied zwischen ihnen liegt darin, dass sie Daten aus unterschiedlichen Quellen nutzen.[106] § 98a I 2 StPO enthält eine Subsidiaritätsklausel: Die Rasterfahndung darf nur angeordnet werden, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Die Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates enthält zu der Subsidiaritätsklausel folgende Ausführungen:[107]

> *Absatz 1 Satz 2 enthält zum Schutz des von der Maßnahme Betroffenen eine Subsidiaritätsklausel. Diese stellt im Wesentlichen darauf ab, dass bei einer Beschränkung der Strafverfolgung auf andere Maßnahmen die Aufklärung erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Danach ist eine am Aufklärungserfolg orientierte Betrachtung anzustellen. Stehen noch andere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung, hat aber eine Prognose zum Ergebnis, dass mit Hilfe dieser anderen Maßnahmen die vollständige Aufklärung der Straftat nicht annähernd in demselben Maße erreicht werden kann, wie es bei einem Einsatz der Rasterfahndung möglich erscheint („erheblich weniger Erfolg“), darf diese eingesetzt werden. Daneben gilt das allgemeine Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Rasterfahndung zulässig sein kann, wenn die Aufklärung zwar auch mit Hilfe einer anderen erfolgversprechenden Maßnahme erreicht werden könnte, diese jedoch tiefer in den persönlichen Bereich Betroffener eingreifen würde; in diesem Fall stellt der Aufklärungsweg nach § 98a die den einzelnen oder die Allgemeinheit weniger beeinträchtigende Maßnahme dar.*

---

[104] Siehe im Einzelnen *Nack*, in: KK[6] (2008), § 98a Rn. 2 und 15ff., *Hilger* NStZ 1992, 457 (459f.) und *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 392f.
[105] *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 390.
[106] *Wittig* JuS 1997, 961 (970).
[107] BT-Drucks. 12/989, S. 37.

3. Datenabgleich (§ 98c StPO)

Nach § 98c StPO dürfen Daten, die im jeweiligen Strafverfahren durch herkömmliche Ermittlungen bereits erhoben worden sind (Strafverfahrensdaten), mit Daten, die die Strafverfolgungsbehörden zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung gespeichert haben, maschinell abgeglichen werden.[108] So dürfen etwa Daten des Beschuldigten, die die Ermittlungsbehörde durch Auskunft der Meldebehörde erlangt hat, mit Dateien der Strafvollstreckung abgeglichen werden, um den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln.[109] Zulässig ist auch der maschinelle Abgleich mit Dateien der verschiedenen Polizeibehörden, die nicht zur Strafverfolgung, sondern zur Gefahrenabwehr unterhalten werden. Im Gegensatz zu der Rasterfahndung nach § 98a StPO dient der Datenabgleich nach § 98c StPO dazu, bei der Justiz beziehungsweise der Polizei bereits vorhandene und gespeicherte Daten miteinander computergestützt abzugleichen. Von der Schleppnetzfahndung nach § 163d StPO unterscheidet sich der Datenabgleich nach § 98c StPO dadurch, dass bei der Schleppnetzfahndung nur Daten abgeglichen werden, die auf eine ganz bestimmte Art und Weise erhoben worden sind (Grenzkontrollen und Kontrollen nach § 111 StPO).[110]

Der computergestütze Datenabgleich nach § 98c StPO ist ohne Bindung an einen Straftatenkatalog zulässig und ist nicht ausdrücklich subsidiär, da nur bereits bevorratetes Wissen genutzt wird.[111]

4. Bildaufnahmen und sonstige technische Observationsmittel (§ 100c I Nr. 1 StPO a.F. = § 100h StPO n.F.)

Gemäß § 100c I Nr. 1a StPO a.F. durfte die Ermittlungsbehörde den Beschuldigten in der Öffentlichkeit heimlich fotografieren und filmen. Nach § 100c I Nr. 1b StPO a.F. war ihr auch erlaubt, bei Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung gegen den Beschuldigten sonstige technische Mittel für Observationszwecke einzusetzen.[112] Der Gesetzgeber hat in die Eingriffsermächtigung eine Subsidiaritätsklausel eingestellt: Die Ermittlungsbehörde durfte die Maßnahmen nach § 100c I Nr. 1a, b StPO a.F. gegen den Beschuldigten nur durchführen, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre.*

---

[108] *Nack*, in: KK[6] (2008), § 98c Rn. 1.
[109] Siehe *Hilger* NStZ 1992, 457 (461 Fn. 76) und BT-Drucks. 12/989, S. 38.
[110] *Wittig* JuS 1997, 961 (970).
[111] *Hilger* NStZ 1992, 457 (461).
[112] Die praktisch wichtigste Rolle spielt hierbei der ins Kraftfahrzeug eingebaute GPS-Sender. Er gibt der Ermittlungsbehörde durchgängig die exakte Position des Fahrzeugs an und ermöglicht ihr, den Beschuldigten oder Dritte zuverlässig, personalsparend und mit geringem Entdeckungsrisiko aus der Ferne zu observieren. Zu sonstigen technischen Mitteln siehe *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100h Rn. 7.

Gleich zwei weitere Subsidiaritätsklauseln enthielt § 100c II 2 und 3 StPO a.F. für den Fall, dass die Maßnahmen nicht gegen den Beschuldigten, sondern gegen Dritte angewandt werden sollten: Dritte zu fotografieren und zu filmen war nur erlaubt, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Sonstige technische Mittel für Observationszwecke durften gegen Dritte nur angeordnet werden, wenn

> *... auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sacherhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 03. März 2004[113] hat die Ermächtigungsgrundlage für Bildaufnahmen und sonstige technische Observationsmittel sowie die dazugehörenden Subsidiaritätsklauseln (§ 100c I Nr. 1a und b, II 2 und 3 StPO a.F.) in § 100f I Nr. 1 und 2, III 2 und 3 StPO neu gefasst, das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007[114] in § 100h I Nr. 1 und 2, II Nr. 1 und 2 StPO. § 100h StPO n.F. ist gegenüber § 100c I Nr. 1 StPO a.F. und 100f I StPO a.F. mit lediglich kleineren redaktionellen Änderungen[115] seit dem 01.01.2008 in Kraft. Die Subsidiaritätsklauseln sind inhaltlich unverändert geblieben.

Die Begründung des Entwurfs des Bundesrates für das OrgKG 1992 enthält zu den Subsidiaritätsklauseln keine Ausführungen, weil sie im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht vorgesehen waren. Erst die Bundesregierung schlug vor, die obigen Subsidiaritätsklauseln in den Gesetzesentwurf aufzunehmen. Die Stellungnahme der Bundesregierung zum ursprünglichen Gesetzesentwurf des Bundesrates führt aus:[116]

> *Der Vorschlag zu § 100c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a i.V.m. Absatz 4 sieht vor, dass ohne Einschränkung (Subsidiaritätserfordernis) Lichtbilder und Bildaufzeichnungen auch von Dritten (Nichtbeschuldigten) hergestellt und besondere Sichthilfen gegen sie eingesetzt werden dürfen. Allein die Annahme, dass die Maßnahme zur Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsermittlung des Täters geeignet ist, soll nach dem Vorschlag den*

---

[113] BGBl. I 2005, S. 1841.
[114] BGBl. I 2007, S. 3198.
[115] Die Worte „Lichtbilder" und „Bildaufzeichnungen" in § 100c I Nr. 1a StPO a.F. sind bereits in § 100f I Nr. 1 StPO a.F. durch den Oberbegriff „Bildaufnahmen" ersetzt worden. Die beiden Subsidiaritätsklauseln des § 100c II 2 und 3 StPO a.F. und § 100f III 2 und 3 StPO a.F. sind in § 100h II 2 StPO n.F. auf Nr. 1 und 2 aufgeteilt worden.
[116] BT-Drucks. 12/989, S. 58.

> *Einsatz dieser technischen Mittel rechtfertigen. Darüber hinaus wird nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b i.V.m. Absatz 4 auch der Einsatz sonstiger besonderer für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel gegen den Beschuldigten keinem Subsidiaritätserfordernis unterstellt. Die Bundesregierung hält insoweit Änderungen für erforderlich.* [117]

5. Akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen (§ 100c I Nr. 2 StPO a.F. = § 100f StPO n.F.)

§ 100c I Nr. 2 StPO a.F. gestattete es der Ermittlungsbehörde, nichtöffentliche Gespräche des Beschuldigten außerhalb der Wohnung heimlich abzuhören und aufzuzeichnen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründeten, er habe eine der schweren Katalogtaten des § 100a StPO begangen. Auch diese Maßnahme hatte der Gesetzgeber als ausdrücklich subsidiär ausgestaltet: Sie war nach § 100c I Nr. 2 StPO a.F. nur zulässig, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Dritte durften außerhalb der Wohnung akustisch überwacht werden, wobei der Gesetzgeber die Maßnahme ebenfalls für ausdrücklich subsidiär erklärte: Nach § 100c II 3 StPO a.F. durfte sie angeordnet werden, wenn

> *... auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sacherhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.* [118]

Zwei Gesetze haben die Ermächtigungsgrundlage für die akustische Überwachung außerhalb der Wohnung – so wie die für Anfertigung von Bildaufnahmen und den Einsatz sonstiger technischer Observationsmittel – neu gefasst: Das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 03. März 2004 fügte diese Eingriffsermächtigungen mit den dazugehörenden Subsidiaritätsklauseln (§ 100c I Nr. 2, II 3 StPO a.F.) in § 100f II, III 3 StPO a.F., das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 in § 100f I, II 2 StPO n.F. ein. Alle Subsidiaritätsklauseln sind dabei inhaltlich unverändert geblieben.

---

[117] Der in der Stellungnahme erwähnte § 100c IV StPO–E wurde in der verabschiedeten Fassung § 100c II StPO. Die Verschiebung kam dadurch zustanden, dass § 100c II, III StPO–E die akustische Wohnraumüberwachung betraf, deren Implementierung im Gesetzgebungsverfahren fallengelassen worden ist.

[118] Die Untersuchung hat § 100c II 3 StPO a.F. bei zwei verschiedenen Maßnahmen zitiert. Das liegt daran, dass § 100c II 3 StPO a.F. sich sowohl auf den Einsatz technischer Observationsmittel gegen Dritte wie auch auf deren akustische Überwachung außerhalb der Wohnung bezogen hatte.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates zum OrgKG 1992 ging nicht ausdrücklich auf die Subsidiaritätsklauseln in § 100c I Nr. 2, II 3 StPO a.F. ein. Das Gesetz hat die Anordnungsvoraussetzungen für die akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen jedoch denen der Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO, und somit auch hinsichtlich der Subsidiaritätsklauseln, gleichstellen wollen:[119]

> *In Übereinstimmung mit einer weit verbreiteten Auffassung im Schrifttum (…) und der Handhabung in der Praxis knüpft der Entwurf (…) an den Deliktskatalog und an die anderen Voraussetzungen des § 100a Satz 1 an. Telefonüberwachung und Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes sind nach Art und Eingriffsintensität miteinander vergleichbar. In beiden Fällen geht der Betroffene davon aus, dass seine Worte nur von seinem Gesprächspartner gehört werden. Es ist daher sachgerecht, beide Maßnahmen nicht von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig zu machen.*

6. Verdeckter Ermittler (§ 110a StPO)

Die neu geschaffenen §§ 110a – 110c StPO regeln den Einsatz des Verdeckten Ermittlers.[120] [121] Bei ihm handelt es sich um einen Polizeibeamten, der unter einer ihm zur Tarnung verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermittelt und unter ihr auch am Rechtsverkehr teilnehmen darf (§ 110a II StPO).[122] Nach der vom Gesetzeswortlaut abweichenden Rechtsprechung ist für die Einstufung einer Person als Verdeckter Ermittler wesentlich, dass der Ermittlungsauftrag über einzelne, wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinausgeht, dass eine unbestimmte Vielzahl von Personen über die wahre Identität des verdeckt operierenden Polizeibeamten getäuscht werden muss und dass wegen der Art und des Umfangs des Auftrags von vornherein abzusehen ist, dass die Identität des Beamten in künftigen Verfahren auf Dauer geheimgehalten werden muss.[123] Tritt der Polizeibeamte nach außen nur in einer Einzelaktion auf, ist er nach der Rechtsprechung kein Verdeckter Ermittler, auch wenn er unter einer Legende agiert.[124]

---

[119] BT-Drucks. 12/989, S. 39.

[120] Der Einsatz solcher Ermittler stützte sich bis dahin auf die Generalklauseln §§ 161, 163 StPO (BT-Drucks. 12/989 S. 41 und *Rebmann* NJW 1985, 1 (2f.)).

[121] Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 hat die §§ 110d, 110e StPO a.F. gestrichen, da die dort geregelte Informationspflicht und das dort geregelte Beweisverwertungsverbot mit den neuen Zentralvorschriften §§ 101, 477 StPO überflüssig geworden sind.

[122] Zur Legende gehören Name, Nationalität, Anschrift, familiäre und sonstige persönliche Umstände sowie Beruf und Funktion (*Hilger* NStZ 1992, 523 (523 Fn. 141)).

[123] BGHSt 41, 64 (65). Kritisch zu dieser Rechtsprechung *Hilger*, FS Hanack, S. 208ff. und *Schneider* NStZ 2004, 359 (361f.).

[124] Ausführlich dazu *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 16 – 19 m.w.N.

Unter der Verwendung der Legende darf der Verdeckte Ermittler fremde Wohnungen betreten, wenn der Wohnungsinhaber damit einverstanden ist (§ 110c 1 StPO). Um die Legende des Verdeckten Ermittlers aufzubauen und aufrechtzuerhalten, darf die Ermittlungsbehörde gemäß § 110a III StPO Urkunden herstellen oder verändern lassen und der Verdeckte Ermittler solche Urkunden gebrauchen.[125] Unter der Tarnung soll der Verdeckte Ermittler in das Innere der kriminellen Organisation eindringen und dort ermitteln.[126]

Der Verdeckte Ermittler darf in drei Einsatzvarianten eingesetzt werden, wobei die ersten beiden einerseits und die dritte andererseits unterschiedlichen Subsidiaritätsklauseln unterliegen:

Der Verdeckte Ermittler darf zum einen eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von „erheblicher Bedeutung“ auf einem der unter § 110a I 1 Nr. 1 – 4 StPO genannten Deliktsfelder begangen worden ist oder nach § 110a I 2 StPO auch dann, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr besteht, der Beschuldigte werde wiederholt Verbrechen (§ 12 I StGB) begehen. Für diese beiden Einsatzvarianten enthält § 110a I 3 StPO folgende Subsidiaritätsklausel:

> *Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Zum anderen darf nach § 110a I 4 StPO der Verdeckte Ermittler auch zur Aufklärung von Verbrechen eingesetzt werden, bei denen im Gegensatz zu § 110a I 2 StPO keine Wiederholungsgefahr auf Grund bestimmter Tatsachen begründet werden kann, wenn

> *... die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären.*

Die erste Subsidiaritätsklausel in § 110a I 3 StPO sollte ursprünglich nach dem Entwurf des Bundesrates folgenden Wortlaut haben:[127]

> *… und wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Hierbei ist zu bemerken, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers nur für den Fall einer Katalogtat gemäß § 98a I StPO vorgesehen hatte. Die Möglichkeiten, den Verdeckten Ermittler auch in den Fällen der Verbrechensverfolgung nach § 110a I 2 und 4 StPO einzusetzen, war zunächst

[125] Zu solchen Urkunden zählen beispielsweise Personalausweis, Reisepass, Führerschein, Schulzeugnisse und Meisterbriefe (*Hilger* NStZ 1992, 523 (523 Fn. 143)).

[126] BT-Drucks. 12/989, S. 41.

[127] BT-Drucks. 12/989, S. 12f. Art. 4 Nr. 8.

nicht vorgesehen.[128] Die Begründung des ursprünglichen Gesetzesentwurfs des Bundesrates führte zu der damals geplanten einzigen Subsidiaritätsklausel aus:[129]

> *„Als zusätzliche Voraussetzung für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers fordert Absatz 1, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Diese Einschränkung ergibt sich in der Praxis schon aus dem hohen organisatorischen und finanziellen Aufwand, den der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers erfordert; es erschien aber zweckmäßig, einen entsprechenden Hinweis in das Gesetz aufzunehmen, damit nicht voreilig auf diese nicht einfach zu handhabende Ermittlungsmethode zurückgegriffen wird."*[130]

Die Stellungnahme der Bundsregierung forderte die ursprünglich geplante einzige Subsidiaritätsklausel enger zu fassen:[131]

> *Außerdem sollte nach Auffassung der Bundesregierung die Subsidiaritätsklausel für die Zulässigkeit des Einsatzes Verdeckter Ermittler enger gefasst werden („aussichtslos oder wesentlich erschwert").*

Die Bundesregierung hat sich mit dieser Forderung durchgesetzt.

Die weitere Möglichkeit, den Verdeckten Ermittler abgesehen vom Verdacht einer Katalogtat auch bei Verdacht von Verbrechen nach § 110a I 2 und 4 StPO einzusetzen, ist erst während der weiteren parlamentarischen Beratung auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundstages in den Gesetzesentwurf aufgenommen worden. Dort erhielten die Subsidiaritätsklauseln in § 110a I 3 und 4 StPO ihre heutige Fassung.[132] Inhaltlich war hierbei neu, dass der Einsatz des Verdeckten Ermittlers nicht mehr bei Verdacht einer Straftat im Sinne des § 98a I StPO zulässig war; vielmehr hat § 110a I 1 StPO seinen eigenen Straftatenkatalog erhalten. Ferner wurde der Einsatz des Verdeckten Ermittlers auch bei allen Verbrechen generell zulässig.

Bei den Subsidiaritätsklauseln war neu, dass sie nicht mehr den Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts oder Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters" hatten, sondern die „Aufklärung" (einer Katalogtat nach § 110a I 1 Nr. 1 – 4

[128] Vgl. BT-Drucks. 12/989, S. 12f. Art. 4 Nr. 8.
[129] BT-Drucks. 12/989, S. 41.
[130] An dieser etwas unmotiviert klingenden Begründung sind zwei Punkte bemerkenswert: Erstens wird eine rechtsverbindliche materielle Anordnungsvoraussetzung, wie sie eine Subsidiaritätsklausel ist, im zweiten Satz lediglich als „Hinweis" bezeichnet. Zweitens scheint der Entwurf mit dem Gedanken gespielt zu haben, auf eine Subsidiaritätsklausel zu verzichten, da der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers durch einen hohen finanziellen und organisatorischen Aufwand schon rein faktisch eingeschränkt wird.
[131] BT-Drucks. 12/989, S. 59.
[132] Siehe BT-Drucks. 12/2720, S. 24.

StPO beziehungsweise von Verbrechen).[133] Die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses enthielten keine Begründung zu den neu geschaffenen Subsidiaritätsklauseln in § 110a I 3 und 4 StPO. Der Fokus richtete sich auf eine andere Zulässigkeitsvoraussetzung: Es sei praxisgerechter, keinen enumerativ abschließenden Straftatenkatalog zu schaffen.[134]

7. Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e StPO)

Nach § 163e I 1 StPO darf der Beschuldigte zur Beobachtung anlässlich polizeilicher Kontrollen ausgeschrieben werden. In diesem Fall wird nach einer zufälligen Kontrolle des Beschuldigen (z.B. an einer Kontrollstelle nach § 111 StPO oder bei der Grenzkontrolle) diese Tatsache sowie Begleitumstände (Reiseweg, mitgeführte Gegenstände, Begleitpersonen) der ausschreibenden Ermittlungsbehörde zur Auswertung mitgeteilt. Der Beschuldigte erfährt von der Mitteilung nichts.[135] Die Ermittlungsmaßnahme dient dazu, ein Bewegungsprofil vom Beschuldigten zu erstellen: Langfristig soll ein Datenbestand angesammelt werden, der Rückschlüsse auf die Lebensweise des Beschuldigten, seine Anwesenheit in einem bestimmten Land oder bestimmte Kurierwege zulässt. Darüber hinaus soll die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung helfen, auf Grund des Bewegungsprofils Zusammenhänge und Querverbindungen zwischen dem Beschuldigten und anderen Personen aufzuzeigen, um kriminelle Strukturen aufzudecken.[136] [137] Der Anwendungsbereich der Schleppnetzfahndung nach § 163d StPO und der Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung überschneiden sich, soweit es um konkrete Beschuldigte geht.[138]

Für die Ausschreibung des Beschuldigten zur polizeilichen Beobachtung sieht § 163e I 2 StPO eine Subsidiaritätsklausel vor, nach der der Beschuldigte nur dann zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben werden darf, wenn

---

[133] Auf diese Sonderform des Bezugspunktes einer Subsidiaritätsklausel wird die Untersuchung im 6. Kapitel B I 1 b) näher eingehen.

[134] Siehe BT-Drucks. 12/2720, S. 46 i.V.m. S. 45.

[135] BT-Drucks. 12/989, S. 43f.

[136] *Krahl* NStZ 1998, 339 (339).

[137] Das Schrifttum hat die Vorschrift heftig kritisiert und hält sie teilweise für vollkommen ungeeignet: Die Maßnahme könne anlässlich der seltenen und zufälligen Kontrollen an Kontrollstellen kein aussagekräftiges Bewegungsbild liefern (*Krahl* NStZ 1998, 339 (341)). Das Bewegungsbild des Beschuldigten sei allenfalls bei bestimmten Straftaten, wie Betäubungsmittel-Beschaffungsfahrten, ein schwaches Indiz für dessen Täterschaft (*Schoreit*, in: KK[6] (2008), § 163e Rn. 3). Ob kriminelle Strukturen nach der Konstruktion der Regelung aufgedeckt werden können, sei zweifelhaft (*Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 4). Zur weiteren Kritik siehe *Krahl* NStZ 1998, 339 (341f.). Daneben ist zu bemerken, dass angesichts der mittlerweile bestehenden Möglichkeit, nach § 100h I Nr. 2 StPO einen GPS-Sender einzusetzen, die Vorstellung, mittels Kontrollstellen ein Bewegungsprofil zu erstellen, geradezu anachronistisch anmutet. Zudem sind Grenzkontrollen abgebaut worden.

[138] Zu den daraus erwachsenden Problemen angesichts unterschiedlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen siehe *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 8f.

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Neben dem Beschuldigten können nach § 163e I 3 StPO auch Dritte zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben werden. Ihre Ausschreibung ist nach § 163e I 3 StPO ebenfalls ausdrücklich subsidiär: Die Ausschreibung Dritter ist zulässig, wenn

> *... auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Zusätzlich oder selbständig[139] darf gemäß § 163e II StPO auch das Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs ausgeschrieben werden, wenn das Fahrzeug auf einen ausgeschriebenen Beschuldigten oder Dritten zugelassen ist oder von einem der beiden benutzt wird. Ist der Nutzer des Kraftfahrzeugs noch nicht identifiziert, darf nach § 163e II letzte Variante StPO bei Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung das Kennzeichen ebenfalls zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben werden.[140] Ferner dürfen nach § 163e III StPO auch die an der Kontrollstelle angetroffenen Begleiter der ausgeschriebenen Person oder der Führer des ausgeschriebenen Fahrzeugs der ausschreibenden Ermittlungsbehörde mitgeteilt werden.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates enthält zu den beiden Subsidiaritätsklauseln (§ 163e I 2 und 3 StPO) keine Ausführungen.[141] Hierbei ist zu bemerken, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf keine Subsidiaritätsklausel für die Ausschreibung des Beschuldigten zur polizeilichen Beobachtung vorgesehen hatte (heute § 163e I 2 StPO). Die Subsidiaritätsklausel für die Anordnung der Maßnahme gegen Dritte war dagegen bereits im Entwurf mit der heutigen Klausel in § 163e I 3 StPO inhaltsgleich.[142] Die Bundesregierung regte in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf an:[143]

> *Darüber hinaus sollte nach Auffassung der Bundesregierung die Maßnahme, soweit sie sich gegen Beschuldigte richtet, dem Erfordernis einer Subsidiarität unterstellt werden. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wird auch zu prüfen sein, ob die Zulässigkeit einer po-*

---

[139] *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 24.

[140] Nach *Erb* soll die Subsidiaritätsklausel (er meint wohl die zweite in § 163e I 3 StPO) auch auf die Kennzeichenausschreibung gemäß § 163e II StPO angewandt werden (LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 24). Dieser Auslegung stehen der Wortlaut und die systematische Stellung der Klauseln im ersten Absatz entgegen.

[141] Siehe BT-Drucks. 12/989, S. 43f.

[142] Siehe BT-Drucks. 12/989, S. 14, Art. 4 Nr. 12.

[143] BT-Drucks. 12/989, S. 59.

lizeilichen Beobachtung anderer Personen an engere Subsidiaritätserfordernisse zu binden sei.

Infolge dieser Anregung hat der Rechtsausschuss des Bundestages eine Subsidiaritätsklausel als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anordnung der polizeilichen Ausschreibung des Beschuldigten empfohlen, so wie sie später in § 163e I 2 StPO Gesetz geworden ist. Der Bericht des Rechtsausschusses führt dazu lediglich aus, die Änderung entspreche der Stellungnahme der Bundesregierung.[144] Die bereits im Gesetzentwurf vorhandene Subsidiaritätsklausel § 163e I 3 StPO hat der Gesetzgeber entgegen den Überlegungen der Bundesregierung nicht verschärft.

VII. Strafverfahrensänderungsgesetz vom 17.03.1997

1. Gesetzesziel

Das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 17.03.1997[145] hat mit den §§ 81e, 81f StPO eine ausdrückliche (neue) Ermächtigungsgrundlage für die molekulargenetische Untersuchung (DNA-Analyse) von Körperzellen (DNA-Material) wie beispielsweise Blut, Sperma oder Hautschuppen geschaffen.[146] Die molekulargenetische Untersuchung ist eine sehr zuverlässige naturwissenschaftliche Methode, DNA-analysefähiges Spurenmaterial einer bestimmten Person als Spurenträger zuzuordnen oder dies auszuschließen. Bei der DNA-Analyse werden nur die sogenannten nichtcodierten Teile der menschlichen DNA, die keine Erbinformationen tragen, untersucht.[147] Die DNA-Analyse kann das Spurenmaterial einem unter vielen Millionen Menschen individuell zuordnen.[148] Sie war bereits vor der Gesetzesverabschiedung 1997 nahezu zehn Jahre lang praktiziert worden. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums erachteten die Eingriffsermächtigung in § 81a StPO als ausreichend, um dem Beschuldigten Blut zu entnehmen *und* es molekulargenetisch zu untersuchen.[149] Mit der Neuregelung verfolgte der Gesetzgeber zwei Ziele: Zum einen wollte er den „in weiten Teilen der Bevölkerung anzutreffenden, mit der Gentechnik ganz allgemein verbundenen Ängsten vor übermäßigen, den Kern der Persönlichkeit berührenden Eingriffen" begegnen.[150] Zum anderen sah sich der Gesetzgeber wegen des bereits erwähnten „Volkszählungsurteils" des BVerfG vom 15.12.1983 und des dort etablierten Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung" gezwungen vorzuschreiben, das

[144] BT-Drucks. 12/2720, S. 48.
[145] BGBl. I 1997, S. 534.
[146] Zum Gesetzgebungsverfahren siehe *Senge* NJW 1997, 2409 (2409f.).
[147] Zu den naturwissenschaftlichen Grundlagen siehe *Satzger* NStZ 2001, 639 (640f.) m.w.N.
[148] *Satzger* NStZ 2001, 639 (641) m.w.N.
[149] *Senge* NJW 1997, 2409 (2409) mit jeweils weiteren Nachweisen in Fn. 3 und 4, BT-Drucks. 13/667, S. 5.
[150] BT-Drucks. 13/667, S. 1 und 5.

bei Personen erhobene DNA-Material sei streng zweckgebunden nur in Strafverfahren zu nutzen und anschließend zu vernichten.[151]

2. DNA-Analyse (§ 81e StPO)

Das DNA-Material wird beim Beschuldigten nach § 81a I StPO entnommen und darf gemäß § 81e I 1 StPO zur Feststellung der Abstammung und der Tatsache, ob das aufgefundene Spurenmaterial vom Beschuldigten oder vom Verletzen stammt, untersucht werden. § 81e I 2 StPO erlaubt auch zu gleichen Zwecken die molekulargenetische Untersuchung am DNA-Material, das gemäß § 81c II StPO beim Verletzen erhoben worden ist. Es geht also immer darum, ob bestimmtes, bei einer Person erhobenes DNA-Material einer Person zugeordnet beziehungsweise eine solche Zuordnung ausgeschlossen werden kann: Stammt das beim Vergewaltigungsopfer erhobene Sperma vom Beschuldigten? Stammt der Blutfleck an der Kleidung des Beschuldigten vom Blut des erstochenen Mordopfers? § 81 II 1 StPO erlaubt solche Untersuchungen auch am aufgefundenen, sichergestellten oder beschlagnahmten Spurenmaterial: Stammen die Hautschuppen am zurückgelassenen Einbruchswerkzeug vom Beschuldigten?

Nach § 81e I 3 StPO darf jegliches DNA-Material zu keinen anderen Zwecken untersucht werden.[152] Die neu eingefügten §§ 81a III und 81c V 2 StPO ordnen zusätzlich an, das beim Beschuldigten oder bei Dritten erhobene DNA-Material dürfe nur für das Ausgangs- oder ein anderes anhängiges Strafverfahren verwendet werden und sei zu vernichten, sobald es dazu nicht mehr benötigt werde.

Auf weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen wie eine Subsidiaritätsklausel, einen erhöhten Verdachtsgrad oder das Vorliegen einer bestimmten Katalogtat hat der Gesetzgeber verzichtet. Er hielt es für zweckmäßig, Beschuldigte auch beim Vorliegen eines bloßen Anfangverdachts mittels der DNA-Analyse als Tatverdächtige ausschließen zu können, auch wenn andere Erkenntnisquellen bis dahin noch nicht ausgeschöpft worden waren.[153]

Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung macht dazu folgende Ausführungen:[154]

> *Für die Zulässigkeit der Untersuchung selbst wird auf eine besondere Einsatzschwelle verzichtet. Gerade die Möglichkeit, einen Beschuldigten mit Hilfe molekulargenetischer Untersuchung sicher auszuschließen, kann es sachgerecht erscheinen lassen, diese Methoden in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens vor Ausschöpfung sonstiger Erkenntnismöglichkeiten anzuwenden, um so auf möglicherweise eingriffsintensivere Maßnahmen verzichten zu können.*

[151] BT-Drucks. 13/667, S. 1 und 5.

[152] Z.B. nicht zur Erforschung der Erbanlagen, Charaktereigenschaften, Krankheiten, Krankheitsanlagen (BT-Drucks. 13/667, S. 11, *Senge* NJW 1997, 2409 (2411), *Cierniak,* in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 81e Rn. 5).

[153] *Senge* NJW 1997, 2409 (2411), *Cierniak,* in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 81e Rn. 7.

[154] BT-Drucks. 13/667, S. 6f.

VIII. Das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 04.05.1998

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 04.05.1998[155] hat mit § 100c I Nr. 3 StPO a.F. eine Eingriffsermächtigung für die akustische Überwachung von Wohnungen, also das Abhören des nichtöffentlich gesprochnen Wortes in Wohnungen, geschaffen und zwei neue Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung eingefügt. Bereits im Entwurf des Bundsrates für das OrgKG 1992 war eine Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung zunächst vorgesehen. Sie war jedoch wegen schwieriger rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher, Fragen im damaligen Gesetzgebungsverfahren fallengelassen worden.[156] Für die neu zu schaffende Eingriffsermächtigung musste der Gesetzgeber mit dem Gesetz vom 26.03.1998[157] zuvor Art. 13 GG ändern. Der hier vor allem interessierende Art. 13 III 1 GG bestimmte fortan:

> *Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung technische Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.*[158]

Mit der Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung § 100c I Nr. 3 StPO a.F. wollte der Gesetzgeber – wie beim OrgKG 1992 – die zunehmenden und neuartigen Gefahren durch die Organisierte Kriminalität besser bekämpfen und in den Kern der oft abgeschotteten kriminellen Organisationen vordringen können, um die dortigen Strukturen aufzuhellen.[159] [160]

---

[155] BGBl. I 1998, S. 845.
[156] *Nack*, in: KK³ (1993), § 100c Rn. 2 und *Schäfer*, in: LR²⁵, Bd. 2 (2004) § 100c Entstehungsgeschichte Anm. 1 jeweils m.w.N.
[157] BGBl. I 1998, S. 610.
[158] Eine an sich strafprozessuale Subsidiaritätsklausel ist somit auch in das Grundgesetz eingefügt worden.
[159] BT-Drucks. 13/8651, S. 1, 9, 12f.
[160] Eine empirische Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht hat bundesweit alle Strafverfahren mit angeordneter Wohnraumüberwachung aus den Jahren 1998 bis 2001 untersucht. Laut der Studie wurde die akustische Wohnraumüberwachung fast ausschließlich bei Tötungsdelikten, die nicht der Organisierten Kriminalität zuzuordnen waren, und schweren Betäubungsmitteldelikten, bei denen dies eher der Fall war, angeordnet (*Meyer-Wieck* NJW 2005, 2037 (2037f.)).

2. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c I Nr. 3 StPO a.F.)

Nach § 100c I Nr. 3 StPO a.F. durfte in einer Wohnung[161] das nicht öffentlich gesprochene Wort des Beschuldigten abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründeten, der Beschuldigte habe eine im Straftatenkatalog § 100c Nr. 3 a) – f) StPO a.F. aufgeführte Straftat begangen. Die akustische Überwachung der in § 53 I StPO genannten Personen war unzulässig (§ 100d III 1 StPO a.F.). Nach § 100d III 2 StPO a.F. war die Maßnahme ebenfalls unzulässig, wenn zu erwarten war, dass *sämtliche* Erkenntnisse aus der Maßnahme einem Verwertungsverbot unterliegen werden, wobei hier vor allem die Verwertungsverbote aus den §§ 52, 53 StPO in Betracht kamen.[162]

Sollte das nichtöffentliche gesprochene Wort des Beschuldigten in seiner eigenen Wohnung abgehört werden, erklärte die Subsidiaritätsklausel § 100c I StPO a.F. am Ende dies für zulässig, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Aufenthaltsermittlung des Täters auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.*

Sollte dagegen das nichtöffentlich gesprochene Wort des Beschuldigten in der Wohnung eines nichtbeschuldigten Dritten abgehört werden, ordnete § 100c II 5 StPO a.F. an:

> *In Wohnungen anderer Personen sind die Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 3 nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Beschuldigte sich in diesen aufhält, die Maßnahme in Wohnungen des Beschuldigten allein nicht zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.*

Zu der ersten Subsidiaritätsklausel, die die akustische Überwachung der Wohnung des Beschuldigten regelte, führte die Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP aus:[163]

> *Auf Grund des weitreichenden Eingriffs einer akustischen Wohnraumüberwachung in die Persönlichkeitsrechte des von der Maßnahme Betroffenen ist diese, ebenfalls den vorgenannten grundsätzlichen Vorgaben entsprechend, nur als letztes Mittel zulässig.*[164] *Sie setzt voraus, dass eine Sachverhaltsaufklärung oder Aufenthaltsermittlung des Täters auf*

---

[161] Der Begriff der Wohnung ist dabei abweichend von der Alltagssprache weit auszulegen: Als Wohnung zählen alle Räume, die nicht allgemein zugänglich sind und eine Privatheit und Lebensgestaltung ermöglichen. Wohnungen in diesem Sinne können beispielsweise auch Gartenhäuser, Hotelzimmer, Wohnwagen, teilweise auch Büros oder Geschäftsräume sein (siehe *Nack*, in: KK[8] (2008), § 100c Rn. 6 i.V.m. § 102 Rn. 8).

[162] *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[44] (1999), § 100d Rn. 7.

[163] BT-Drucks 13/8651, S. 13.

[164] Auch die Begründung des Gesetzes zur Änderung des Art. 13 GG führt aus: „Abhörmaßnahmen als besonders schwere Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht dürfen nur ultima ratio der Strafverfolgung sein" (BT-Drucks. 13/8650, S. 5).

andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre. Ermittlungstechnische Notwendigkeiten sind in besonderer Weise gegen das Gewicht der Rechtsgutbeeinträchtigung abzuwägen. Hinsichtlich der „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters" kommt die Maßnahme nur zur Aufenthaltsermittlung von Mittätern des Beschuldigten in Betracht. Denn die akustische Wohnraumüberwachung darf sich gemäß Absatz 2 Satz 1 nur gegen den Beschuldigten (des Verfahrens, in dem die Anordnung ergeht), nicht auch gegen andere Personen richten. Dies setzt voraus, dass der Aufenthaltsort des Beschuldigten bekannt ist; zu seiner Aufenthaltsermittlung kann die Maßnahme mithin nicht angeordnet werden.

Hinsichtlich der zweiten Subsidiaritätsklausel (§ 100c II 5 StPO a.F.), die die Überwachung von Wohnungen nichtbeschuldigter Personen regelte, machte die Begründung folgende Ausführungen:[165]

Soll die Maßnahme in Wohnungen anderer Personen durchgeführt werden, bedarf es besonderer Voraussetzungen. Auf Grund einer konkretisierten Verdachtslage muss zu vermuten sein, dass sich der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme in der Wohnung einer anderen Person aufhält und dass eine in der Wohnung des Beschuldigten durchgeführte Maßnahme nicht zum Erfolg führen wird; insoweit wird die Zulässigkeit der Maßnahme an eine Absatz 1 Nr. 3 entsprechende Subsidiaritätsklausel geknüpft.

3. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO n.F.)

a) Änderungen allgemein

Das BVerfG hat mit Urteil vom 03.03.2004[166] die Änderung von Art. 13 GG für verfassungsmäßig, die strafprozessuale Eingriffsermächtigung in § 100c I Nr. 3 StPO a.F. jedoch in großen Teilen als mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Es hat dem Gesetzgeber aufgetragen, bis zum 30.06.2005 einen verfassungsmäßigen Zustand herzustellen. Das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des BVerfG vom 03. März 2004,[167] das am 01.07.2005 in Kraft getreten ist, hat die akustische Überwachung in § 100c StPO neu gefasst. Es hat die Vorgaben des BVerfG kodifiziert und deswegen zahlreiche Änderungen bei den materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen sowie bei Verwendungsregelungen und Benachrichtigungspflichten gebracht, von denen hier nur die wichtigsten skizziert werden sollen:[168]

---

[165] BT-Drucks 13/8651, S. 13.
[166] BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999.
[167] BGBl. I 2005, S. 1841.
[168] Daneben gab es auch zahlreiche redaktionelle Änderungen, von denen die sichtbarste war, dass § 100c StPO fortan lediglich die Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung enthielt.

Zu den besonders schweren Straftaten im Sinne des Art. 13 III 1 GG, die zu akustischen Überwachungen von Wohnungen berechtigen, zählte das BVerfG nur solche, die eine Höchststrafe von über fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehen.[169] Der Gesetzgeber hat den Straftatenkatalog deswegen entsprechend angepasst und in § 100c II neu gefasst. Dabei hat er – ebenfalls einer Vorgabe des BVerfG[170] folgend – festgeschrieben, dass diese Taten nicht nur bei einer typisierenden Betrachtung, sondern auch im konkreten Einzelfall besonders schwerwiegend sein müssen (§ 100c I Nr. 2 StPO n.F.).

Ferner ist nach § 100c I Nr. 3 StPO n.F. Anordnungsvoraussetzung, dass auf Grund bestimmter Tatsachen, anzunehmen sein muss, die Überwachung werde Äußerungen des Beschuldigten erfassen, die für die Ermittlung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten von Bedeutung sein werden.[171]

Weiter verlangte das BVerfG nach Vorkehrungen, damit die Strafverfolgungsbehörde bei der akustischen Wohnraumüberwachung nicht in den absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreifen könne. Falls dies unvorhergesehen doch geschehe, sollte die Überwachung abgebrochen und die Aufzeichnungen gelöscht werden sowie einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.[172] Dem ist der Gesetzgeber in § 100c IV und V StPO n.F. nachgekommen. § 100c IV StPO n.F. verlangt seitdem eine auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Prognose, dass bei der Überwachung keine Äußerungen aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung erfasst werden. Die Prognose ist vor allem auf Grund der zu überwachenden Räumlichkeiten und des Verhältnisses der zu überwachenden Personen zueinander zu treffen.[173] § 100c IV 1, 2 StPO n.F. begründet dabei zugunsten von Privatwohnungen die – allerdings nur auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte – widerlegbare Vermutung, dass dort Äußerungen getätigt werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen.[174]

b) Änderungen Subsidiaritätsklauseln

Hinsichtlich der Subsidiaritätsklauseln gab es auch Änderungen, allerdings nur redaktionelle: Nach § 100c I Nr. 4 StPO n.F. ist die Überwachung der *Betroffenen* – also des Beschuldigten und Dritter – nur zulässig, wenn

---

[169] Siehe BVerfGE 109, 279 Rn. 248 - juris. *Dittrich* hielt bereits 1998 § 100c I Nr. 3 StPO a.F. deswegen für verfassungswidrig (NStZ 1998, 336 (337f.)).

[170] BVerfGE 109, 279 Rn. 244 – juris.

[171] Siehe hierzu die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT- Drucks. 15/4533, S. 12.

[172] BVerfGE 109, 279 (320ff.).

[173] Zu der negativen Kernbereichsprognose siehe *Löffelmann* NJW 2005, 2033 (2033 – 2035).

[174] Auf Grund des massiven Schutzes vor Eingriffen in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gilt gerade die akustische Überwachung von Privatwohnungen als rechtlich nahezu nicht mehr möglich. Anschaulich dazu *OLG Düsseldorf* NStZ 2009, 54.

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.*

Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung hielt hierzu fest:[175]

> *In Absatz I Nr. 4 wird die bisher in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO enthaltene Subsidiaritätsklausel in Anlehnung an § 100a StPO dahin konkretisiert, dass der unspezifische Begriff des Täters durch den zutreffenden Terminus des Beschuldigten ersetzt wird. Zugleich wird entsprechend der herrschenden Meinung zum bisherigen Recht klargestellt, dass der Einsatz der Maßnahme zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten zulässig ist (…). Die Subsidiaritätsklausel verdeutlicht, dass die Maßnahme akustische Wohnraumüberwachung ultima ratio des Strafverfahrens ist und als schwerstes Eingriffsmittel gegenüber allen anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zurücktritt (BVerfG, a.a.O., Absatz Nr. 223f.).*

Die akustische Überwachung der Wohnung eines Dritten ist gemäß § 100c III 2 Nr. 1 und 2 StPO n.F. zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zusätzlich anzunehmen ist, dass

> *... 1. der in der Anordnung nach § 100d Abs. 2 bezeichnete Beschuldigte sich dort aufhält und 2. die Maßnahme in Wohnungen des Beschuldigten allein nicht zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten führen wird.*

Den Zusatz,

> *... und dies auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre,*

den § 100c II 5 StPO a.F. noch enthalten hatte, ist durch § 100c I Nr. 4 StPO n.F. überflüssig geworden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die ursprünglich § 100c II 5 StPO a.F. enthalten hatte, hat der Gesetzgeber also in der neuen Fassung auf § 100c I Nr. 4 StPO und § 100c III 2 Nr. 1 und 2 StPO aufgeteilt. Da auch nach der alten Fassung die Überwachung der Wohnung des Beschuldigten und Dritter der Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos" unterlag, war es dem Gesetzgeber möglich, sie bei der Neufassung in § 100c I Nr. 4 StPO „vor die Klammer zu ziehen".

IX. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 07.09.1998 (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz)

1. Gesetzesziel

Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 07.09.1998[176] hat § 81g in die Strafprozessordnung eingefügt.[177] § 81g StPO erlaubt es, DNA-Identifizierungsmuster

[175] BT-Drucks. 15/4533, S. 12f.
[176] BGBl. I 1998, S. 2646.

nicht nur in einem anhängigen Verfahren abzugleichen (so § 81e StPO), sondern für den Abgleich in zukünftigen Strafverfahren in einer zentralen Datei zu speichern.[178] War in einem Verfahren die Beweislage ohne eine DNA-Analyse ausreichend, so dass dem Beschuldigten kein DNA-Material entnommen werden musste, erlaubt § 81g StPO auch die *Entnahme* des Materials für die Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren.[179] Das Gesetz hatte zwei Ziele: Erstens sollte es in zukünftigen Strafverfahren ermöglichen, schwere Straftaten – vor allem Sexualdelikte – besser aufzuklären und die Täter schneller zu identifizieren.[180] Zweitens sollte es für die am 17.04.1998 beim Bundeskriminalamt eingerichtete DNA-Analyse-Datei (nachträglich) eine Rechtsgrundlage schaffen.[181] Wie bei § 81e StPO wollte der Gesetzgeber mit Vorschriften zur Zweckbindung und Vernichtung des entnommenen DNA-Materials der Rechtsprechung des BVerfG zur „informationellen Selbstbestimmung" Rechnung tragen.[182] Das Gesetz hat keine neuen Subsidiaritätsklauseln geschaffen.

2. DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren (§ 81g StPO)

Um die DNA zu analysieren und das so gewonnene Identifizierungsmuster für die zukünftige Strafverfolgung in der DNA-Analyse-Datei speichern zu dürfen, stellte § 81g I StPO in der ursprünglichen Fassung zwei Bedingungen auf: Zum einen musste der Beschuldigte einer Straftat von erheblicher Bedeutung verdächtig gewesen sein, insbesondere eines Vergehens gegen die sexuelle Selbstbestimmung, einer gefährlichen Körperverletzung, eines Diebstahls in besonders schwerem Fall oder einer Erpressung. Zum anderen musste die Gefahr bestehen, dass gegen den Beschuldigten zukünftig erneut Strafverfahren wegen solcher Taten geführt werden: die sogenannte Gefahrenprognose. Der Gesetzgeber hat die erste Zulässigkeitsvoraussetzung zweimal geändert. Mit Gesetz vom 27.12.2003[183] hat er den Anwendungsbereich der Vorschrift auf alle Sexualdelikte erweitert, nicht nur auf diejenigen von besonderer Bedeutung. Mit dem Gesetz zur Neuregelung der forensischen DNA-Analyse vom 12.08.2005[184] hat er die Regelbeispiele ganz entfal-

---

[177] Zur Entstehungsgeschichte siehe *Senge* NJW 1999, 253 (253f.).

[178] Die Vorschrift verfolgt wie § 81b Alt. 2 StPO damit erkennungsdienstliche Zwecke. Das BVerfG sieht in ihr im Anschluss an *Rogall* dennoch genuines Strafprozessrecht, weil es auf Zwecke der (künftigen) Strafverfolgung und nicht der Gefahrenabwehr ausgerichtet ist (siehe *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 81g Rn. 2 m.w.N.).

[179] Siehe Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion der CDU/CSU und der FDP BT-Drucks. 13/10791, S. 4. Die Rechtsgrundlagen §§ 81a, 81c StPO beziehen sich nur auf die Entnahme im laufenden Verfahren.

[180] Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion der CDU/CSU und der FDP BT-Drucks. 13/10791, S. 4, *Volk* NStZ 1999, 165 (166), *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81g Rn. 1.

[181] *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81g Rn. 1.

[182] Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion der CDU/CSU und der FDP BT-Drucks. 13/10791, S. 4.

[183] BGBl. I 2003, S. 3007.

[184] BGBl. I 2005, S. 2360.

len lassen, um dem „Missverständnis" vorzubeugen, nur besonders schwere Straftaten könnten die DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren rechtfertigen.[185] Gleichzeitig hat der Gesetzgeber § 81g I 2 StPO eingefügt, gemäß dem die wiederholte Begehung sonstiger Straftaten einer Straftat von erheblicher Bedeutung im Unrechtsgehalt gleichstehen kann.

Bereits in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes hat der Gesetzgeber in § 81g II StPO Verwendungs- und Vernichtungsregelungen getroffen: Das DNA-Material darf nur analysiert werden, um Identifizierungsmuster zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren zu gewinnen. Es ist unverzüglich zu vernichten, sobald es für die Analyse nicht mehr gebraucht wird.

Das bereits zitierte Gesetz zur Neuregelung der forensischen DNA-Analyse vom 12.08.2005 hat § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz, der zunächst außerhalb der Strafprozessordnung stand, als vierten Absatz in § 81g StPO eingefügt. Gemäß § 81g IV StPO darf auch die DNA einer Person analysiert und das Identifizierungsmuster in der DNA-Analyse-Datei gespeichert werden, wenn die Person bereits wegen Straftaten im Sinne des § 81g I StPO rechtskräftig verurteilt worden ist, oder sie nur aus bestimmten Gründen (z.B. Schuldunfähigkeit) nicht verurteilt werden konnte und die Gefahrenprognose bei ihr ebenfalls gestellt werden kann.

X. Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 02.08.2000

1. Gesetzesziel

Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 02.08.2000[186] hat die bisherige Rechtsgrundlage für Fahndungsmaßnahmen modifiziert und erweitert, das Rechtsproblem, ob es sich bei den §§ 161, 163 StPO um Generalklauseln für weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen handelt, gelöst und außerdem eine Eingriffsermächtigung für die längerfristige Observation geschaffen. Das Hauptziel des Gesetzes war es (abermals) angesichts des Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung" eindeutige Rechtsgrundlagen für die bis dahin teilweise bereits praktizierten Ermittlungsmaßnahmen zu schaffen und sie zu legitimieren.[187] Es ging aber auch darum, wegen des strafprozessualen Systems von Einzelermächtigungen eben solche zu schaffen.[188] Das Gesetz hat mehrere Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung eingefügt.

---

[185] BT-Drucks. 15/5674, S. 11, *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81g Rn. 5 am Ende.

[186] BGBl. I 2000, S. 1253. Zur langen Entstehungsgeschichte des Gesetzes siehe *Hilger* NStZ 2000, 561 (561f.), *Brodersen* NJW 2000, 2536 (2536f.).

[187] Siehe Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundsregierung BT-Drucks. 14/1484, S. 1 und 16, *Hilger* NStZ 2000, 561 (561), *Brodersen* NJW 2000, 2536 (2536), *Ranft* StV 2002, 38 (38).

[188] *Hilger* NStZ 2000, 561 (561 mit Fn. 7).

2. Fahndungsmaßnahmen (§§ 131 – 131c StPO)

§ 131 StPO a.F. (Steckbrief)[189] stellte keine Eingriffsermächtigung für Fahndungsmaßnahmen dar, die in der Praxis für notwendig erachtet worden sind: Fahndung nach Zeugen und Sachen, Fahndung zur Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten, für die Aufklärung des Sachverhalts, für die Ermittlung der Identität des Täters sowie für die Öffentlichkeitsfahndung, insbesondere für die mittels der Massenmedien.[190] Aufbauend auf der Eingriffsermächtigung § 131 StPO a.F. hat der Gesetzgeber deswegen ein differenziertes System verschiedener Fahndungsmaßnahmen geschaffen.[191] Je nach Zielrichtung unterscheidet das Gesetz zwischen der Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten (§ 131 StPO), Fahndung zur Aufenthaltsermittlung des Beschuldigten oder Zeugen (§ 131a StPO) und Fahndung zur Aufklärung einer Straftat oder Identitätsfeststellung des Beschuldigten oder Zeugen (§ 131b StPO). Innerhalb jeder der drei Fahndungsmaßnahmen gibt es die Variante der nichtöffentlichen und der öffentlichen Fahndung.[192]

a) Fahndung zur Festnahme (§ 131 StPO)

§ 131 I StPO ist weitgehend unverändert geblieben. Auf Grund eines bereits bestehenden Haftbefehls oder Unterbringungsbefehls (§126a StPO) kann die Strafverfolgungsbehörde den Beschuldigten zur Fahndung ausschreiben. Die Ausschreibung zur Fahndung ist differenzierter als der überkommene und aufgegebene Begriff des „Steckbriefs“: Sie beinhaltet notfalls – wie der bisherige Steckbrief – eine amtliche Aufforderung an eine unbestimmte Zahl von Behörden, Stellen und Personen, oder sogar an die Öffentlichkeit, nach dem Beschuldigten zu fahnden und ihn festzunehmen, beziehungsweise der Polizei Hinweise auf dessen Aufenthalt zu geben. Als weniger eingriffsintensive Maßnahmen kommen bei der Ausschreibung des Beschuldigten zur Festnahme aber auch die bloße Fahndung über polizeiliche Informationssysteme, die Ausschreibung in Fahndungshilfsmitteln wie dem Ausländerzentralregister oder eine örtlich beschränkte Fahndung und andere gegenüber dem Steckbrief weniger eingriffsintensive Fahndungsaßnahmen in Betracht.[193]

Nach § 131 II 1 StPO kann auch die Ermittlungsbehörde den Beschuldigten zur Festnahme ausschreiben, wenn der Richter noch keinen Haftbefehl erlassen

---

[189] Siehe hierzu oben I 6.
[190] Siehe *Hilger*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 131 Rn. 1 und 32.
[191] Insgesamt kritisch mit rechtsstaatlichen Bedenken *Ranft* StV 2002, 38.
[192] Der Gesetzgeber hat die Sachfahndung nicht in den §§ 131ff. StPO geregelt. Sie kann jedoch auf die Generalklauseln §§ 161, 163 StPO gestützt werden, wenn sie keinen personenrechtlichen Bezug hat. Dient die Sachfahndung allerdings im Wesentlichen einem der in §§ 131ff. StPO geregelten Zwecke, sollte sich ihre Zulässigkeit nach diesen Vorschriften richten, damit die höheren Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 131ff. StPO nicht umgangen werden (*Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007), vor § 131 Rn. 15).
[193] Siehe zum Ganzen *Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007), § 131 Rn. 5 – 7.

hat, die Voraussetzungen dafür aber vorliegen und es den Fahndungserfolg gefährden würde, den Erlass des Haftbefehls abzuwarten.[194] Zu denken ist an eine plötzliche Flucht des Beschuldigten, nach der sofort überörtliche Fahndungsmaßnahmen veranlasst werden müssen.[195] Gemäß § 131 II 2 StPO ist die Entscheidung über den Haftbefehl unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb einer Woche, herbeizuführen.

§ 131 III StPO enthält eine Subsidiaritätsklausel und erlaubt in den geschilderten Fällen des § 131 I, II StPO auch die öffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten. Die Öffentlichkeitsfahndung wendet sich entweder an einen bestimmten Personenkreis (z.B. alle Apotheker, Waffenhändler, Bewohner einer bestimmten Gemeinde) oder an die breite Öffentlichkeit. Mittel der Öffentlichkeitsfahndung sind Fahndungsaufrufe auf Plakaten oder Handzetteln, in der Presse, im Rundfunk, Fernsehen, Internet oder in Lautsprecherdurchsagen.[196] Die Öffentlichkeitsfahndung darf nach § 131 III 1 StPO nur bei einer Straftat von erheblicher Bedeutung angeordnet werden und nur dann, wenn

> *... andere Formen der Aufenthaltsermittlung erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wären.*

Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah die Subsidiaritätsklausel in § 131 I StPO vor, wo sie nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Öffentlichkeitsfahndung des gemäß § 131 I StPO mit Haft- oder Unterbringungsbefehl gesuchten Beschuldigten sein sollte, also nicht für die Fälle der Eilanordnung nach § 131 II 1 StPO.[197] Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung führte dazu aus:[198]

> *Zugleich werden die Voraussetzungen, unter denen die Fahndung an die Öffentlichkeit gerichtet werden darf, in § 131 geregelt. Dies ist zulässig bei einer Straftat von erheblicher Bedeutung, wenn ein Fahndungserfolg durch weniger beeinträchtigende Maßnahmen erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Der Rechtsausschuss des Bundestages schlug dagegen vor, die genannte Subsidiaritätsklausel in § 131 III 1 StPO aufzunehmen und vom Wortlaut her ausdrücklich auf § 131 I und II StPO zu beziehen.[199] Dagegen wandte sich der Bundesrat. Er unterstützte den ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung und war aus Prak-

---

[194] Die öffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten ohne bestehenden Haftbefehl war nach der bis dahin bestehenden Rechtslage umstritten und stützte sich auf Verwaltungsvorschriften (vgl. *Ranft* StV 2002, 38 (40 mit Fn. 19) und *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[44] (1999), § 131 Rn. 8).

[195] Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundsregierung BT-Drucks. 14/1484, S. 20, *Schultheis*, in: KK[6] (2008), § 131 Rn. 11, *Hilger* NStZ 2000, 561 (562).

[196] Siehe zur Öffentlichkeitsfahndung *Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007), § 131 Rn. 17.

[197] Siehe BT-Drucks. 14/1484, S. 5 Art. 1 Nr. 4.

[198] BT-Drucks. 14/1484, S. 20.

[199] BT-Drucks. 14/2595, S. 4f.

tikabilitätsüberlegungen dagegen, dass die ausdrückliche Subsidiarität auch in den Fällen der Eilanordnung nach § 131 II StPO zur Zulässigkeitsvoraussetzung gemacht werden sollte:[200]

> *Die Eilkompetenz der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bei der Öffentlichkeitsfahndung kann in der Praxis wichtig werden. Sie sollte nicht an extrem enge Voraussetzungen geknüpft und hinsichtlich der Fahndungsmedien beschränkt werden.*

Der Bundesrat setzte sich jedoch im Vermittlungsausschuss nicht durch, so dass die Subsidiaritätsklausel in § 131 III 1 StPO Gesetz geworden ist.

b) Fahndung zur Aufenthaltsermittlung (§ 131a StPO)

§ 131a I StPO erlaubt, den Beschuldigten oder Zeugen zur Aufenthaltsermittlung auszuschreiben, wenn der Strafverfolgungsbehörde dessen Aufenthalt unbekannt ist.[201] § 131a II StPO gestattet auch die Ausschreibung des Beschuldigten zu folgenden strafprozessualen Zwecken: Sicherstellung seines Führerscheins (§ 111a StPO), erkennungsdienstliche Behandlung (81b StPO), Anfertigung einer DNA-Analyse (§§ 81e, 81g StPO) und Feststellung seiner Identität (§ 163b StPO).[202] Nach § 131a III, IV StPO ist es auch zulässig, öffentlich zu fahnden, um den Aufenthalt des Beschuldigten oder Zeugen zu ermitteln. Wie in § 131 III StPO hat der Gesetzgeber auch für die Öffentlichkeitsfahndung zur Aufenthaltsermittlung in § 131a III, IV StPO eine Subsidiaritätsklausel, oder genauer gesagt zwei, eingefügt: Voraussetzung für eine Öffentlichkeitsfahndung nach dem Beschuldigten oder Zeugen ist gemäß § 131a III StPO, dass es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt, der Beschuldigte der Straftat dringend verdächtig ist und

> … *die Aufenthaltsermittlung auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Ferner schreibt § 131a IV 4 StPO vor, bei der Öffentlichkeitsfahndung nach einem Zeugen dürfe er (durch ein Foto oder Phantombild) nur abgebildet werden, soweit

> … *die Aufenthaltsermittlung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Bei der Öffentlichkeitsfahndung nach einem Zeugen muss kenntlich gemacht werden, dass der gesuchte Zeuge nicht der Beschuldigte ist (§ 131a IV 2 StPO).

---

[200] BT-Drucks. 14/2886, S. 2.

[201] Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundsregierung betonte, dass die Anordnung der Maßnahme zwar allein den unbekannten Aufenthalt des Beschuldigten oder Zeugen voraussetze, jedoch auch ohne besondere Betonung auf Grund des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mildere Maßnahmen vorrangig zu ergreifen seien (BT-Drucks. 14/1484, S. 21).

[202] Die Ausschreibung zur Feststellung der Identität kommt in Betracht, um etwa vorhandene Erkenntnisse zur Identität des Beschuldigten, seine Alias-Personalien oder missbräuchlich benutzte Ausweispapiere zu überprüfen (*Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007), § 131a Rn. 5).

Nach dem Zeugen darf nicht öffentlich gefahndet werden, wenn seine überwiegenden schutzwürdigen Interessen dem entgegenstehen (§131a IV 3 StPO).

Zu der zuerst zitierten Subsidiaritätsklausel in § 131a III StPO hielt die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung fest:[203]

> *Absatz 3 regelt die Zulässigkeit einer Öffentlichkeitsfahndung aufgrund einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und knüpft die Zulässigkeit der Maßnahme an die engeren Voraussetzungen einer Subsidiaritätsklausel. Ausschreibungen zur Aufenthaltsermittlung dürfen danach nur dann an die Öffentlichkeit gerichtet werden, wenn die Fahndung auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Zu der zweiten Subsidiaritätsklausel in § 131a IV 4 StPO stellte die Begründung kurz fest:[204]

> *Für Abbildungen gelten besondere Subsidiaritäten.*

c) Fahndung zur Aufklärung einer Straftat oder Identitätsfeststellung (§ 131b StPO)

§ 131b StPO erlaubt Abbildungen des Beschuldigen (§ 131b I StPO) oder Zeugen (§ 131b II StPO) zu veröffentlichen, um Hinweise zur Aufklärung der Anlasstat zu erhalten, oder um die Identität des Beschuldigten oder Zeugen zu klären.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen sich nach der Veröffentlichung eines Bildes des bekannten oder unbekannten Beschuldigten gemäß § 131b I StPO Zeugen melden und Angaben zu dessen Person und zu Umständen machen, die zur Aufklärung der Tat beitragen: Hinweise zur unbekannten Identität des Beschuldigten, zu seinem Verhalten, das für die Tatzeit, den Tatort oder den Tatablauf relevant sein kann, Hinweise auf etwaige weitere Tatbeteiligte oder auf Zusammenhänge mit weiteren Straftaten.[205] Abbildungen des Beschuldigten dürfen dazu gemäß § 131b I StPO veröffentlicht werden, wenn er einer Straftat von besonderer Bedeutung verdächtig ist. Zudem müssen die Voraussetzungen einer Subsidiaritätsklausel erfüllt sein: Die Maßnahme ist nur zulässig, wenn

> *... die Aufklärung einer Straftat, insbesondere die Feststellung der Identität eines unbekannten Täters, auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Nach § 131b II StPO dürfen auch die Abbildung eines (eventuell unbekannten) Zeugen und Hinweise auf das zugrunde liegende Strafverfahren veröffentlicht werden, um die Straftat aufzuklären, insbesondere die Identität des Zeugen festzustellen. Ziel ist es also, Zeugen ausfindig zu machen, die durch ihre Aussagen zur

[203] BT-Drucks. 14/1484, S. 21.
[204] BT-Drucks. 14/1484, S. 21.
[205] Siehe *Hilger*, in : LR[26], Bd. 4 (2007), § 131b Rn. 2 und NStZ 2000, 561 (563).

Aufklärung einer Straftat beitragen können. Erste Voraussetzung für die Öffentlichkeitsfahndung zu diesem Zweck ist, dass die aufzuklärende Straftat von erheblicher Bedeutung ist. Abbildungen des Zeugen zu veröffentlichen gestattet § 131b II StPO nur dann, wenn die Voraussetzungen der folgenden Subsidiaritätsklausel erfüllt sind: Die Veröffentlichung ist zulässig, wenn

> *... die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung, insbesondere die Feststellung der Identität des Zeugen, auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung führte zu der ersten Subsidiaritätsklausel (§ 131b I StPO) aus:[206]

> *Die Fahndungsmaßnahme setzt den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung voraus und knüpft die Zulässigkeit an die Subsidiaritätsklausel, dass andere Maßnahmen erheblich weniger erfolgversprechend wären oder den Aufklärungserfolg wesentlich erschweren würden.*

Zu der zweiten Subsidiaritätsklausel (§ 131b II StPO) stellte die Begründung fest:[207]

> *Die Zulässigkeit der Maßnahme ist zum Schutz der betroffenen Zeugen an die engere Subsidiaritätsklausel geknüpft, dass andere Fahndungsmaßnahmen aussichtslos oder wesentlich erschwert wären.*

3. Generalklauseln (§§ 161, 163 StPO n.F)

Nachdem die §§ 161, 163 StPO zusehends als Aufgaben zuweisende Rechtsnormen und nicht als Eingriffsermächtigungen angesehen worden sind,[208] hat der Gesetzgeber in den §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO ausdrückliche Eingriffsermächtigungen für Staatsanwaltschaft und Polizei geschaffen, weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen. Nach dem Wortlaut sind Staatsanwaltschaft und Polizei nun *befugt*, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. Die Einschränkung verhindert, dass bestehende Einzelermächtigungen für eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen oder die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen keine Eingriffsermächtigung zu schaffen, umgangen werden. Aus der Einschränkung folgt somit zweierlei. Erstens: Auf Grund der Generalklauseln dürfen keine Maßnahmen angeordnet werden, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer bestehenden einschlägigen Einzeleingriffsermächtigung nicht erfüllen. Zweitens: Auf Grund der Generalklauseln dürfen keine eingriffsintensiven Maßnahmen ange-

[206] BT-Drucks. 14/1484, S. 21.
[207] BT-Drucks. 14/1484, S. 21.
[208] Vgl. dazu die obigen Ausführungen zu §§ 159, 161 StPO a.F. unter I 7.

ordnet werden, für die die Strafprozessordnung keine Einzelermächtigung kennt.[209] Zu den weniger eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen, die auf die Generalklauseln gestützt werden dürfen, zählen beispielsweise: Vernehmungen, Beauftragung von Sachverständigen, Auskunftsersuchen, Aktenbeiziehung, Inaugenscheinnahme des Tatorts, Identifizierungsgegenüberstellung, Spurensicherung, kriminal-technische Untersuchungen, kurzfristige Observationen[210] und der Einsatz von Scheinaufkäufern zur Aufklärung von Betäubungsmittelstraftaten.[211] [212]

Der Gesetzgeber hat keine Subsidiaritätsklauseln in die beiden Eingriffsermächtigungen eingefügt. Die Begründung des Gesetzesentwurfs enthält hierzu auch keine Ausführungen. Die fehlende ausdrückliche Subsidiarität ergibt sich jedoch aus der Natur der Sache: Die §§ 161, 163 StPO enthalten die Eingriffsermächtigungen für wenig eingriffsintensive Maßnahmen, die gegenüber anderen Maßnahmen deswegen nicht für subsidiär erklärt werden müssen.

Exkurs: V-Mann

Der V-Mann (V-Person, V-Leute) ist eine Privatperson, die bereit ist, die Strafverfolgungsbehörde bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird.[213] Er stammt oft selbst aus dem kriminellen Milieu und erhält für seine Tätigkeit meistens eine Entlohnung.[214] Die Tätigkeit des V-Manns kann darin bestehen, dass er der Ermittlungsbehörde regelmäßig berichtet, was er in kriminellen Kreisen zufällig wahrgenommen hat, oder darin, dass er dort im Auftrag der Ermittlungsbehör-

---

[209] Vgl. *Hilger* NStZ 2000, 561 (564) und *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 161 Rn. 3b, § 163 Rn. 42. Skeptisch hierzu *Hefendehl*: Die bloße Aufgabenzuweisung in § 163 StPO a.F. sei die Grundlage für eine extensive Legalisierung der polizeilichen, meist heimlichen Ermittlungsmethoden gewesen. Trotz der Einschränkung in §§ 161, 163 StPO n.F. werde sich diese Entwicklung für neue polizeiliche Ermittlungsmethoden verschärfen, da jetzt tatsächlich eine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stehe (StV 2001, 700 (702)).

[210] *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 161 Rn. 33, § 163 Rn. 33f., 163f. Rn. 3).

[211] BT-Drucks. 14/1484, S. 23.

[212] Bei den Scheinaufkäufern handelt es sich häufig um sogenannte nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamte (noeP). Sie ermitteln im Gegensatz zum Verdeckten Ermittler nur gelegentlich verdeckt und nicht unter einer auf Dauer angelegten Legende, wenn auch unter einem Falschnamen (*Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 110a Rn. 4). Nach der Rechtsprechung zum Verdeckten Ermittler können aber auch mit einer Legende ausgestattete Polizeibeamte noePs sein, wenn sie nur für den Scheinkauf eingesetzt werden (vgl. oben VI 6). Ob der Einsatz des noeP auf die Generalklauseln §§ 161, 163 StPO gestützt werden kann, ist strittig (siehe *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163 Rn. 56 m.w.N. in Fn. 149 sowie *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 436).

[213] Siehe Anlage D Nr. I 2.2 RiStBV. Die Definition ist allgemein anerkannt. Zu einer leicht abgeänderten Formulierung siehe den Vorschlag der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes bei *Kintzi* DRiZ 2003, 136 (142).

[214] *Kintzi* DRiZ 2003, 136 (138).

de operativ tätig wird. Im zweiten Fall versucht er aktiv Informationen zu beschaffen und agiert wie ein Verdeckter Ermittler.[215]

Sehr umstritten ist, ob der Einsatz von Vertrauenspersonen auf die Generalklauseln §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO gestützt werden darf. Für den Einsatz des V-Manns enthält die Strafprozessordnung keine Einzelermächtigung. Als der Gesetzgeber mit dem OrgKG 1992 eine Eingriffsermächtigung für den Einsatz des Verdeckten Ermittlers schuf (§§ 110a ff. StPO), hat er auf eine Eingriffsermächtigung für den Einsatz des V-Manns ausdrücklich verzichtet. Die Begründung des Gesetzesentwurfs zum OrgKG 1992 führte aus, eine Rechtsgrundlage bedürfe es nicht, der V-Mann sei Zeuge.[216] Die Eingriffsermächtigung für den Einsatz des Verdeckten Ermittlers sei dagegen schon aus Fürsorgepflicht für die eingesetzten Beamten einzufügen.[217] Die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG folgt grundsätzlich der gesetzgeberischen Einschätzung und hat bislang keine Notwendigkeit für eine Einzelermächtigung gesehen.[218] Mangels einer planwidrigen Lücke wendet sie die Vorschriften der §§ 110a ff. StPO auf den V-Mann auch nicht entsprechend an.[219]

Die Meinungen im Schrifttum sind dagegen geteilt.[220] Nach der im Vordringen begriffenen Ansicht ist zumindest der operative Einsatz eines V-Manns mit einer solchen Eingriffsschwere verbunden, dass er mit anderen Maßnahmen, für die Einzelermächtigungen geschaffen worden sind, vergleichbar ist. Zumindest der operative Einsatz benötige daher eine gesonderte Rechtsgrundlage.[221] Diese Ansicht ist richtig: Der V-Mann forscht im staatlichen Auftrag in grundrechtsrelevanter Weise die Privatsphäre des Beschuldigten aus.[222] Er ermittelt verdeckt. Verdecktes Vorgehen steigert die Eingriffsschwere, weil bei verdeckten Ermittlungen

---

[215] *Hund* meint lakonisch, beim operativen Vorgehen unterscheide nur der Status den V-Mann vom Verdeckten Ermittler (StV 1993, 379 (380)).

[216] Siehe BT-Drucks. 12/989, S. 41. Gleicher Ansicht ist *Rieß*, in: LR[24], Bd. 2 (1989), § 163 Rn. 56 mit Fn. 118. Seiner Ansicht nach gelte das auch für den operativen Einsatz. *Rieß* verweist hierbei auf sogenannte gerufene Zeugen.

[217] Siehe BT-Drucks. 12/989, S. 41. Aus der Gesetzesbegründung wird jedoch deutlich, dass auch die Regelung des VE-Einsatzes durch bloße Verwaltungsvorschrift (Anlage D RiStBV) als nicht ausreichend erachtet worden ist. Der Einsatz sollte auf eine ausdrückliche gesetzliche Basis gestellt werden (BT-Drucks. 12/989, S. 41, rechte Spalte, erster Absatz). Dafür spricht auch, dass die Begründung die beträchtlich zunehmende Eingriffstiefe, wenn der VE Wohnungen betrete, betonte (BT-Drucks. 12/989, S. 41, rechte Spalte, vierter Absatz).

[218] BGHSt 41, 42 (43f.), BVerfG NJW 1987, 1874 (1875) und StV 1995, 169 (171). In einem obiter dictum hat das BVerfG in einer Kammerentscheidung ohne nähere Begründung allerdings ausgeführt, der dortige Einsatz eines V-Manns hätte einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedurft (NStZ 2000, 489 (490)).

[219] BGHSt 41, 42 (42).

[220] Siehe zu den verschiedenen Meinungen *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163 Rn. 64 m.w.N. in Fn. 167 und 168 sowie *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 442.

[221] Statt aller *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163 Rn. 65 m.w.N.

[222] *Schneider* NStZ 2004, 359 (362), *Duttge* JZ 1996, 556 (562f.).

die Chancen der Zielperson sinken, den Eingriff begrenzen zu können.[223] Der V-Mann nutzt oft das bei Zielpersonen bestehende Vertrauen aus, befragt sie – sofern die Zielperson Beschuldigter ist – ohne die bei offenen Vernehmungen vorgeschriebene Belehrung über das Schweigerecht.[224] Bei der Ausführung des staatlichen Ermittlungsauftrags kann er mit Einwilligung die Wohnung der Zielperson betreten.[225] Der Einsatz ist auf längere Zeit angelegt, so dass alle beschriebenen Handlungen mehrfach vorkommen können. Warum der Einsatz eines Privatmanns, der im staatlichen Auftrag wie ein Verdeckter Ermittler handelt, im Gegensatz zu dessen Einsatz keiner Einzelermächtigung bedürfen soll, ist rechtlich stichhaltig nicht erklärbar.[226] [227]

---

[223] Dazu ausführlicher später im 8. Kapitel B I 3 b).

[224] Vgl. *Duttge* JZ 1996, 556 (562) m.w.N.

[225] Ob das Betreten der Wohnung einen Grundrechtseingriff darstellt, ist beim V-Mann wie beim Verdeckten Ermittler stark umstritten (siehe zu den einzelnen Meinungen *Schneider* NStZ 2004, 359 (365ff.) und *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 110c Rn. 11ff. jeweils m.w.N.). Die Begründung des Entwurfs zum OrgKG 1992 spricht von einer beträchtlich zunehmende Eingriffstiefe, wenn der VE Wohnungen betrete (BT-Drucks. 12/989, S. 41, rechte Spalte, vierter Absatz). Die Einschätzung kommt auch im Richtervorbehalt gemäß § 110b II 1 Nr. 2 StPO zum Ausdruck. Unstreitig kommt das Betreten der Wohnung durch den VE einem Grundrechtseingriff aber zumindest sehr nahe. Für den in staatlichem Auftrag handelnden V-Mann kann nichts anderes gelten (siehe auch *Schneider* NStZ 2004, 359 (367)).

[226] Dies gilt auch nicht auf Grund der Fürsorgepflicht gegenüber den eingesetzten Polizeibeamten, da die Ermittlungsbehörde gegenüber dem V-Mann ebenfalls eine Fürsorgepflicht hat (*Kintzi* DRiZ 2003, 136 (141)).

[227] Nach *Hilger* waren die ausschlaggebenden Gründe dafür, dass der Gesetzgeber keine Einzelermächtigung für den Einsatz des V-Manns normieren wollte, rechtspolitischer Art: Die Strafverfolgungsbehörden sollten sich nicht das Verhalten unkontrollierbarer Personen aus dem kriminellen Milieu, die nicht ausschließbar mit Mitteln arbeiten, die den Behörden verboten sind, zurechnen lassen. Es käme eine Identifikation des Staates mit solchen Personen und ihren Methoden gleich. Der V-Mann solle nach dem Willen des Gesetzgebers daher nur Zeuge und nicht mehr sein (*Hilger*, FS Hanack, S. 212f., siehe auch *ders.* NStZ 1992, 523 (523 Fn. 128)). Die Argumentation enthält ein gehöriges Maß an Bigotterie: Der V-Mann wird in der Praxis regelmäßig für operative Einsätze verwendet und dazu aus ermittlungstaktischer Sicht auch wirklich benötigt. Das wusste der Gesetzgeber. Nach Anlage D Nr. I 3.2 Satz 2 RiStBV soll der Einsatz des V-Manns Beweismittel beschaffen, die den strafprozessualen Erfordernissen der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme entsprechen und den Rückgriff auf den V-Mann selbst erübrigen. Auf ausschließliche Zeugenaussagen über zufällige Wahrnehmungen durch den V-Mann ist die Anlage D also nicht ausgerichtet (wie hier *Rogall* NStZ 2000, 490 (492)). Die Begründung zum Entwurf des OrgKG 1992 führte außerdem aus, aus der Eingriffsermächtigung für den VE könne nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, die Heranziehung von Zeugen (Informanten, V-Personen) werde in Zukunft unzulässig (BT-Drucks. 12/989, S. 41, rechte Spalte, dritter Absatz). Bei V-Personen kann damit nur ihr operativer Einsatz gemeint gewesen sein. Dass die §§ 110a ff. StPO den Zeugen als strafprozessuales Beweismittel nicht abschaffen würden, verstand sich von selbst. Im Übrigen vertritt der (Bundes-) Gesetzgeber seine Ansicht offensichtlich nicht mehr so konsequent: Mit § 21 Zollfahndungsdienstgesetz hat er durch Gesetz vom 21.12.2004 (BGBl. I 2004, S. 3603) eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von V-Personen (zur Gefahrenabwehr) geschaffen. § 21 I ZFdG lautet in der seit dem 15.06.2007 geltenden Fassung: „Das Zollkriminalamt darf personenbezogene Daten durch den Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Zollkriminalamt Dritten nicht bekannt ist, erheben über 1. Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher

4. Längerfristige Observation (§ 163f StPO)

§ 163f StPO erlaubt die längerfristige Observation.[228] Bei ihr handelt es sich nach der gesetzlichen Definition des § 163f I 1 StPO um eine planmäßig angelegte Beobachtung, bei der die Zielperson entweder durchgehend länger als 24 Stunden, oder unabhängig von der Beobachtungsdauer an mindestens drei Tagen observiert wird. Die längerfristige Observation ist in nahezu allen Bereichen erheblicher Kriminalität erforderlich und spielt vor allem bei Serienstraftaten eine große Rolle.[229] Die längerfristige Observation muss – wie sich schon aus der gesetzlichen Definition ergibt – nicht durchgehend stattfinden und kann sich z.B. auf vermeintliche Tatzeitpunkte beschränken. Bei der längerfristigen Observation können Polizeibeamte die Zielperson selbst beschatten oder sich technischer Mittel im Sinne des § 100h StPO bedienen.[230]

Die Anordnung der längerfristigen Observation setzt zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür voraus, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist.[231] Für die längerfristige Observation des Beschuldigten statuiert § 163f I 2 StPO eine Subsidiaritätsklausel, nach der er nur dann längerfristig beobachtet werden darf, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Gemäß § 163f I 3 StPO dürfen auch Dritte längerfristig beobachtet werden. Auch diese Maßnahme ist ausdrücklich subsidiär: Sie ist gegen Dritte zulässig, wenn

> *... auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters füh-*

Bedeutung im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßig begehen werden, oder 2. Kontakt- und Begleitpersonen, und die Verhütung der Straftat auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Die Erhebung darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden."

[228] Der Gesetzgeber hat eine Eingriffsermächtigung für die längerfristige Observation schon lange für notwendig gehalten. Einen ersten Entwurf gab es bereits für das Strafverfahrensänderungsgesetz 1988 (*Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163f Rn. 1 mit Fn. 2). Zu den einzelnen Auffassungen über die Notwendigkeit einer eigenen Rechtsgrundlage für die längerfristige Observation siehe *Rogall* NStZ 1992, 45 (46f.) m.w.N. *Hippel/Weiß* lehnen bei einer Observation im öffentlichen Raum einen Eingriff in die Grundrechte des Observierten ab (JR 1992, 316).

[229] Vgl. *Hilger* NStZ 2000, 561 (564).

[230] Siehe *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163f Rn. 7. Zu den technischen Observationsmitteln siehe oben unter VI 4.

[231] Nach der ursprünglichen Fassung der Vorschrift ordnete der Staatsanwalt die längerfristige Observation für den ersten Monat an (§ 163f III 1 Hs. 1 StPO a.F.), der Richter für die nachfolgende Zeit (§ 163f IV 2 StPO a.F.). Seit dem am 01.01.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG ordnet die längerfristige Observation von Anfang an der Richter an (§ 163f III 1 StPO n.F.).

ren wird und dies auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung führte zu der ersten Subsidiaritätsklausel (§ 163f I 2 StPO) aus:[232]

Die Zulässigkeit der längerfristigen Observation ist im Übrigen an eine Subsidiaritätsklausel gebunden. Sie ist nur zulässig, wenn andere, den Betroffenen weniger belastende Ermittlungsmaßnahmen erheblich weniger Erfolg versprechen oder zu einer wesentlichen Erschwernis führen.

Zu der zweiten Subsidiaritätsklausel (§ 163f I 3 StPO) führte die Begründung des Gesetzesentwurfs aus:[233]

Nach Absatz 1 Satz 3 ist die längerfristige Observation von Kontaktpersonen nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist, dass die Kontaktperson mit dem Täter in Verbindung steht oder mit ihm in Verbindung treten wird; zudem ist diese Maßnahme an eine besondere Subsidiaritätsklausel geknüpft: Es muss davon auszugehen sein, dass die Maßnahme zur Sachverhaltsaufklärung oder Aufenthaltsbestimmung des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.

XI. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001[234] hat mit den §§ 100g, 100h StPO a.F. die Ermächtigungsgrundlage für die Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten in die Strafprozessordnung eingefügt. Diese Auskunft stützte sich bis dahin auf § 12 FAG, der jedoch zum 31.12.2001 außer Kraft treten sollte. § 12 FAG lautete in der Fassung des Art. 262 Nr. 1 EGStGB:[235]

In strafgerichtlichen Untersuchungen kann der Richter und bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft Auskunft über die Telekommunikation verlangen, wenn die Mitteilungen an den Beschuldigten gerichtet waren oder wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die Mitteilungen von dem Beschuldigten herrührten oder für ihn bestimmt waren, und dass die Auskunft für die Untersuchung Bedeutung hat.

§ 12 FAG stammte in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1928 und diente in der Zeit, als Telefongespräche noch per Hand vermittelt worden sind, als Eingriffsermächtigung für die Befragung des Vermittlungspersonals. Als die au-

[232] BT-Drucks. 14/1484, S. 24.
[233] BT-Drucks. 14/1484, S. 24.
[234] BGBl. I 2001, S. 3879.
[235] Zitiert nach *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Entstehungsgeschichte.

tomatische (analoge) Telefonvermittlung aufkam, wurde die Vorschrift an sich nutzlos.[236] Mit der Digitalisierung der Telefontechnik und der damit einhergehenden Speicherung der Verbindungsdaten gewann die Vorschrift wiederum eine praktische Bedeutung, wie sie sie vorher noch nie hatte.[237] [238]

Der Gesetzgeber wollte eine Nachfolgeregelung schaffen, „die dem Schutz der betroffenen Grundrechte ebenso wie den Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Belangen einer wirksamen Strafrechtspflege genügt".[239] § 12 FAG war nämlich wegen des Bestimmtheitserfordernisses verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt gewesen.[240] Der Gesetzgeber sah weiterhin wegen der Fülle von Verbindungsdaten, die mit der Digitalisierung des Telekommunikationsverkehrs abrufbar geworden sind, neben dem Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG auch das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung" aus Art. 1 I, 2 I GG tangiert.[241] Er wollte mit der neuen Eingriffsermächtigung deswegen auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besser gerecht werden.[242]

2. Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten (§§ 100g, 100h StPO a.F.)

Die Eingriffsermächtigung in §§ 100g, 100h StPO a.F. bezog sich auf Auskünfte über Telekommunikationsverbindungsdaten. Durch Erhebung der Daten kann die Ermittlungsbehörde – vereinfacht gesagt – erfahren, wer, wann, wo und mit wem kommuniziert hat, wenn die Anschlüsse der verwendeten Geräte bestimmten Personen zugeordnet werden können. Die Inhalte der Kommunikation können dabei nicht festgestellt werden, sondern nur durch die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO.[243] Die Verbindungsdaten waren in § 100g III StPO a.F. abschließend definiert. Bei ihnen handelte es sich im Falle einer Verbindung um die Berechtigungskennung, das heißt die grundsätzlich einmal vergebenen elektronische Gerätekennung eines mobilen Telekommunikationsgerätes (IMEI = International Mobile Equipment Identity), die statistische Internetprotokoll-Adresse (IP-Adresse), Kartennummer (der SIM-Karte), Standortkennung, Rufnummer oder Kennung des anrufenden oder angerufenen Anschlusses oder der Endeinrichtung, Beginn und Ende der Verbindung, in Anspruch genommene

[236] *Paeffgen*, FS Roxin, S. 1302.
[237] Vgl. *Paeffgen*, FS Roxin, S. 1302 und *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Entstehungsgeschichte.
[238] Für Anhänger von „Vorratsnormen" war § 12 FAG so gesehen eine große Bestätigung.
[239] BT-Drucks. 14/7008, S. 1.
[240] Krit. *Paeffgen*, FS Roxin, S. 1302f.
[241] So lässt sich beim Telefonieren der jeweilige Festnetzanschluss oder bei Mobiltelefonen (auch im Stand-by-Betrieb) die jeweilige Funkzelle, in die das Mobiltelefon sich einwählt, feststellen. Letzteres ermöglicht, ein grobes Bewegungsprofil von der überwachten Person zu erstellen.
[242] Siehe zum Ganzen BT-Drucks. 14/7008, S. 1f. und *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Entstehungsgeschichte.
[243] *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Rn. 1.

Telekommunikationsdienstleistungen, Endpunkte festgestellter Verbindungen.[244] Diese Daten hatten die Telekommunikationsanbieter rechtmäßig zu Abrechnungszwecken mit ihren Kunden gespeichert.[245] Die Ermittlungsbehörde durfte die Verbindungsdaten durch drei verschiedene Maßnahmen erheben:

a) Vom Beschuldigten hergestellte Verbindungen (§ 100g I StPO a.F.)

§ 100g I StPO a.F. erlaubte die Erhebung von Daten der vom Beschuldigten oder einem seiner Nachrichtenmittler (§§ 100g I 2, 100a 2 StPO a.F.) hergestellten Verbindungen. Voraussetzung für die Erhebung der Daten war, dass bestimmten Tatsachen den Verdacht begründeten, jemand habe als Täter oder Teilnehmer eine Straftat von erheblicher Bedeutung, insbesondere eine der in § 100a StPO genannten Taten, begangen, zu begehen versucht oder vorbereitet (§100g I 1 Alt. 1 StPO a.F.).[246]

Ohne dass der Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung Anordnungsvoraussetzung war, durfte die Ermittlungsbehörde die Verbindungsdaten erheben, wenn die Straftat mittels einer Endeinrichtung im Sinne des § 3 Nr. 3 Telekommunikationsgesetz[247] begangen, versucht oder vorbereitet worden ist (§100g I 1 Alt. 2 StPO a.F.). Der Gesetzgeber hat in dieser Alternative auf höhere Anordnungsschwellen und auch auf eine Subsidiaritätsklausel zunächst verzichtet. Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundsregierung ging nicht ausdrücklich darauf ein, weswegen die Auskunft über Verbindungsdaten nach §100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. keiner Subsidiaritätsklausel unterworfen worden ist. Eine Stelle in der Gesetzesbegründung zeigt jedoch, dass bei mittels einer Endeinrichtung begangen Straftaten die Erhebung von Verbindungsdaten regelmäßig als alternativlos angesehen worden ist:[248]

> *Naturgemäß keine erhebliche Bedeutung der Straftat wird in den Fällen verlangt, in denen die Straftat mittels einer Endeinrichtung im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) –insbesondere mittels Telefon oder Computer (Internet)- begangen wurde. Hier*

[244] Durch den Wortlaut des § 100g III Nr. 1 StPO a.F. hat der Gesetzgeber die Erhebung der Standortdaten, das heißt bei Handys die Bezeichnung der jeweiligen Funkzelle, bewusst auf die Fälle beschränkt, in denen das Handy – weil es anruft oder angerufen wird – eine Verbindung aufbaut. Der Wunsch, auch die Standortdaten des sich in Stand-by-Betrieb automatisch in Funkzellen einbuchenden Handys zu erfassen und dadurch ein genaueres Bewegungsprofil des Handynutzers zu gewinnen, hat sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt (*Welp* GA 2002, 535 (553) m.w.N.).

[245] Die Zahl der Verbindungsdaten in der Bundesrepublik beläuft sich auf etwa 100 Milliarden pro Jahr (*Welp* GA 2002, 535 (536)).

[246] § 12 FAG sah keine Begrenzung auf bestimmte Anlasstaten vor. Siehe hierzu im Einzelnen *Welp* GA 2002, 535 (537 – 540).

[247] Dazu zählen Telefon, Faxgerät und Computer mit Internetzugang (*Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Rn. 14).

[248] Siehe BT-Drucks. 14/7008, S. 6f. Vgl. auch *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Rn. 14, *Welp* GA 2002, 535 (541).

müssen auch bei weniger schweren Delikten wie z.B. beleidigenden Anrufen oder E-Mails Auskunftsersuchen möglich sein, weil diese Taten ohne eine Auskunft über die Verbindungsdaten (Nummer des anrufenden Anschlusses) regelmäßig nicht aufklärbar sind."

Insofern scheint der Gesetzgeber auf eine Subsidiaritätsklausel verzichtet zu haben, da sie wegen der Alternativlosigkeit der Erhebung von Verbindungsdaten regelmäßig leergelaufen wäre.

§ 100g I 3 StPO a.F. erlaubte es auch, die Herausgabe zukünftiger Verbindungsdaten anzuordnen. Damit konnten Verbindungsdaten gewonnen werden, die ansonsten nur bei der Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO unter den dortigen strengeren Voraussetzungen anfielen.[249]

b) Zielwahlsuche (§ 100g II StPO a.F.)

Die Zielwahlsuche nach § 100g II StPO a.F. diente dem Zweck, Verbindungsdaten der von Dritten *zum* Beschuldigten oder seinen Nachrichtenmittlern aufgebauten Telekommunikationsverbindungen, also typischerweise der eingehenden Telefonanrufe, zu erheben. Über den Anschluss des Beschuldigten oder die Anschlüsse seiner Nachrichtenmittler war es damals nicht möglich, diese Verbindungsdaten zu gewinnen: Da der Anrufer die anfallenden Telefonkosten zahlt, durften die Telekommunikationsgesellschaften die Verbindungsdaten eingehender Telefonate nicht zu Abrechnungszwecken mit dem Beschuldigten oder seinen Nachrichtenmittlern speichern.[250] Bei der Zielwahlsuche mussten daher die bei den Telekommunikationsgesellschaften gespeicherten Telefonverbindungen ganz Deutschlands für den Anordnungszeitraum überprüft werden, um festzustellen, welche Person den Beschuldigten oder seinen Nachrichtenmittler angerufen hat.[251] Die Zielwahlsuche durfte nur angeordnet werden, wenn

... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthielt für die Subsidiaritätsklausel folgende Begründung:[252]

Die Vorschrift regelt ausdrücklich den Einsatz der schon nach § 12 FAG zulässigen Zielwahlsuche im Rahmen des Auskunftsanspruchs über Telekommunikationsverbin-

[249] Siehe *Welp* GA 2002, 535 (555). Die Erhebung zukünftiger Verbindungsdaten nach § 12 FAG war umstritten (*Hilger* GA 2002, 228 (229).

[250] Eine Ausnahme bestand lediglich für Mobilfunkgespräche aus dem Ausland, bei denen auch der Angerufene Gebühren zu zahlen hatte, weswegen auch seine Verbindungsdaten gespeichert worden sind (*Welp* GA 2002, 535 (542 Fn. 35)).

[251] Siehe *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100g Rn. 27 und *Welp* GA 2002, 535 (543). Nach dem BVerfG greift die Zielwahlsuche jedoch nur in das Fernmeldegeheimnis derjenigen ein, die den Strafverfolgungsbehörden als „Treffer" gemeldet werden (BVerfGE 100, 313 (366); 107, 299 (328)).

[252] BT-Drucks. 14/7008, S. 7.

dungsdaten. Diese darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Die durch die Subsidiaritätsklausel erhöhte Eingriffsschwelle beruht darauf, dass im Rahmen der Ermittlung der herauszugebenden Verbindungsdaten auch viele Telekommunikationsverbindungen Unverdächtiger einbezogen und, ähnlich einer Rasterfahndung, abgeglichen werden müssen. Die Subsidiaritätsklausel entspricht derjenigen des § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO.

c) Funkzellenabfrage (§ 100h I 2 StPO a.F.)

Mit der Funkzellenabfrage konnten die Daten aller Verbindungen, die von einer bestimmten Funkzelle innerhalb des Anordnungszeitraums ausgingen, erhoben werden. Eine Funkzelle hat eine Ausdehnung von mehreren Hundert Metern bis zu 2000 Meter.[253] Die Funkzellenabfrage nach § 100h I 2 StPO a.F. diente (und dient auch in der neuen Fassung) vor allem der Suche nach einem noch unbekannten Täter, von dem die Ermittlungsbehörde annahm oder wusste, er habe im Tatzeitraum mit seinem Handy telefoniert.[254] Zu den Anordnungsvoraussetzungen zählte neben dem Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung auch eine Subsidiaritätsklausel: Die Funkzellenanfrage durfte angeordnet werden, wenn

... anderenfalls die Erforschung des Sachverhalts aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung war keine Eingriffsermächtigung für die Funkzellenabfrage vorgesehen. Der Bundesrat regte in seiner Stellungnahme an, eine solche Eingriffsermächtigung in die Strafprozessordnung einzustellen.[255] In der Gegenäußerung erkannte die Bundsregierung den Vorschlag wegen der Wichtigkeit der Funkzellenabfrage für die Ermittlungspraxis als ein berechtigtes Anliegen an. Sie schlug vor, die Funkzellenabfrage vom Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung und von der genannten Subsidiaritätsklausel abhängig zu machen. Die Gegenäußerung der Bundesregierung wie auch der Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages[256] gingen auf die oben wiedergegebene Subsidiaritätsklausel nicht näher ein, die in dieser Form Gesetz geworden ist.

---

[253] *Welp* GA 2002, 535 (553).

[254] Die Funkzellenabfrage führt zu einer großen Vielzahl von Telekommunikationsteilnehmern, die innerhalb der Funkzelle mit ihren Mobiltelefonen im Anordnungszeitraum telefoniert haben. Die Ermittlungsbehörde ist deswegen auf weitere Beweismittel angewiesen, um aus der Vielzahl der Personen den Täter herauszufiltern. Begehen dagegen mehrere Beteiligte Serienstraftaten und verständigen sich dabei aus logistischen Gründen per Handy, etwa bei Einbruchsdiebstählen auf großen Betriebsgeländen, führt die Schnittmenge der Telekommunikationsteilnehmer der verschiedenen abgefragten Tatort-Funkzellen zu den Tätern.

[255] BT-Drucks. 14/7258, S. 2.

[256] BT-Drucks. 14/7679, S. 8f.

3. Auskunft über Verkehrsdaten (§ 100g StPO n.F.)

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007[257] hat die sogenannte „Vorratsdatenspeicherung" eingeführt und den Anwendungsbereich des § 100g StPO a.F. verändert. Es hat eine Subsidiaritätsklausel neu eingefügt, eine redaktionell leicht modifiziert und eine gestrichen.

a) Verkehrsdaten des Beschuldigten (§ 100g I StPO n.F.)

Das Gesetz hat den Umfang der von Telekommunikationsunternehmen zu gebenden Auskunft von den Verbindungsdaten auf die Verkehrsdaten (§ 96 I TKG) ausgedehnt. Zu den Verkehrsdaten zählen im Unterschied zu den Verbindungsdaten auch die Nummer des anrufenden Anschlusses und der Standort eines Handys, das sich bloß im Stand-by-Betrieb befindet und keine Verbindung aufgebaut hat. Die Telekommunikationsunternehmen hatten die Verkehrsdaten sechs Monate lang anlasslos zu speichern (Vorratsdatenspeicherung, § 113a I TKG a.F.). Gemäß § 100g I Nr. 1 StPO n.F. durfte die Ermittlungsbehörde auch auf diese Vorratsdaten zurückgreifen.[258] Nach § 100g I Nr. 1 StPO n.F. können Verkehrsdaten erhoben werden, wenn eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, insbesondere einer Tat nach § 100a StPO, begangen worden ist. Hierzu gehört gemäß § 100g I 3 StPO n.F auch die Erhebung der Standortdaten in Echtzeit, wobei es – wie bereits erwähnt – im Gegensatz zu § 100g I, III Nr. 1 StPO a.F. nicht mehr darauf ankommt, dass eine Verbindung aufgebaut wird. Es können also die Standortdaten des sich im Stand-by-Betrieb in Funkzellen einbuchenden Handys in Echtzeit erhoben werden. Dadurch ist es möglich, in Echtzeit ein grobes Bewegungsprofil des Handy-Nutzers zu erstellen.[259]

Nach § 100g I 1 Nr. 2 StPO n.F. dürfen, ohne dass es auf die Einsatzschwelle des Verdachts einer besonderen Tat ankommt, auch Verkehrdaten erhoben wer-

---

[257] BGBl. I 2007, S. 3198.

[258] Das BVerfG hat § 113a TKG a.F. sowie § 100g I 1 StPO, soweit er auf § 113a TKG verweist, im Urteil vom 02.03.2010 wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als mit dem Grundgesetz unvereinbar und für nichtig erklärt (vgl. insbesondere NJW 2010, 833 (848 Rn. 279)). Bis zum Erlass eines neuen Gesetzes über die Vorratsdatenspeicherung, das den Vorgaben des BVerfG entspricht, kann über § 100g I StPO daher nicht auf Vorratsdaten im Sinne des § 113a TKG a.F. zurückgegriffen werden, vielmehr nur auf Verkehrsdaten, die die Telekommunikationsunternehmen nach § 96 TKG zu Abrechnungszwecken speichern, oder auf Verkehrsdaten, die in Echtzeit erhoben werden (*Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100g Rn. 7).

[259] Für die Vergangenheit war es dagegen auch nach dem für nichtig erklärten § 113a TKG a.F. nicht möglich, ein solches lückenloses Bewegungsprofil zu erstellen, da die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung – wie erwähnt – nur die Standortdaten zu Beginn eines (ggf. versuchten) Verbindungsaufbaus umfasste (§ 113a II Nr. 4c, V TKG a.F.). Das „Bewegungsprofil" für die Vergangenheit war dadurch zwangsläufig lückenhaft. Wie groß die Lücken waren, hing von der Häufigkeit des (versuchten) Verbindungsaufbaus ab.

den, wenn die Straftat mittels Telekommunikation[260] begangen worden ist.[261] Die Erhebung der Daten ist in dieser Alternative im Gegensatz zu § 100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. ausdrücklich subsidiär: Nach § 100g I 2 StPO n.F. in die Maßnahme nur zulässig, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre*

und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Zu der neu geschaffenen Subsidiaritätsklausel gab die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung an:[262]

> *Ferner wird die Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten nach § 100g Abs. 1 Satz 2 StPO-E künftig nur noch zulässig sein, wenn ohne die Erhebung der Verkehrsdaten die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten aussichtslos wäre. Durch diese strenge Subsidiaritätsklausel wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderer Weise Rechnung getragen. Dies ist angezeigt, weil die Verkehrdatenerhebung durch die Ausweitung des mit der „Vorratsspeicherung" eingehenden Datenvolumens insgesamt an Eingriffsintensität gewinnt und daher in der vorliegenden Fallgruppe nur gerechtfertigt erscheint, wenn andere – zulässige – Ermittlungsmethoden fehlen oder mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg versprechen (vgl. zum Begriff der Aussichtslosigkeit und zum Verhältnis verschiedener Subsidiaritätsklauseln zueinander Schäfer, a.a.O., § 110a Rn. 30f.). Es bedarf daher künftig einer Einzelfallprüfung, ob alternative Ermittlungsmaßnahmen in Betracht kommen oder eine Verkehrdatenerhebung das einzig zielführende und zugleich verhältnismäßige Mittel ist. Für eine Vielzahl der Fälle, zum Beispiel bei einer telefonischen Bedrohung, werden gleich geeignete, aber weniger belastende Ermittlungsmaßnahmen oftmals nicht zur Verfügung stehen, wenn außer dem Zeitpunkt des Anrufs keine weiteren Ermittlungsansätze gegeben sind. Für diese Fälle, die etwa dem Bereich des „Stalking" entstammen, ist die Verkehrsdatenerhebung ein unverzichtbares – weil regelmäßig alternativloses – Ermittlungsinstrument.*[263] [264]

[260] § 100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. stellte noch auf eine „mittels einer Endeinrichtung" begangene Straftat ab. § 100g I Nr. 2 StPO n.F. verwendet diesen Wortlaut nicht mehr, weil bei einer wortgetreuen Auslegung auch Körperverletzungen mittels des Endgeräts als Schlaginstrument unter § 100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. zu subsumieren waren (Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung BT-Drucks. 16/5846, S. 52).

[261] Versuch oder Vorbereitung einer Straftat mittels der Telekommunikation reicht nach der neuen Fassung nicht mehr aus. Die Daten können jedoch nach § 100g I 1 Nr. 1 StPO erhoben werden, sofern die Anlasstat von erheblicher Bedeutung ist.

[262] BT-Drucks. 16/5846, S. 52.

[263] Die Unterschiede zu der unter XI 2 a) zitierten Begründung zu § 100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. sind interessant: Bei der Eingriffsgriffsermächtigung nach der alten Fassung verzichtete der Gesetzgeber auf eine Subsidiaritätsklausel, da ohne Verbindungsdaten die mittels der Telekommunikation begangene Straftaten regelmäßig nicht aufklärbar sind. Bei § 100g I 1 Nr. 2 StPO n.F. hat der Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat zwar in § 100g I 1 StPO n.F. am Ende für die Ermittlungsmaßnahmen nach Nr. 1 und 2 auch geregelt, dass sie nur angeordnet werden dürfen,

> ... *soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist.*

Bei dieser Formulierung handelt es sich jedoch nicht um eine Subsidiaritätsklausel in dem hier verwendeten Sinne, sondern um eine einfachgesetzliche Wiederholung des Merkmals der „Erforderlichkeit" des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Da es bei Ermittlungen in einem Strafverfahren immer „nur" um die Ermittlung des Sachverhalts oder des Aufenthaltsortes des Beschuldigten geht, stellt die Anfügung der beiden Zwecke keine zusätzliche Einschränkung des auf das Strafverfahren ohnehin anzuwendenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar. Den wesentlichen Unterschied zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinem Merkmal „Erforderlichkeit" und den Subsidiaritätsklauseln wird das 5. Kapitel ausarbeiten, weswegen entsprechende Ausführungen an dieser Stelle zurückgestellt werden.[265] Eine weitere Überlegung spricht dagegen, dass es sich bei der obigen Formulierung um eine Subsidiaritätsklausel handelt: Wäre das der Fall, unterläge die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g I 1 Nr. 2 StPO n.F. zwei unterschiedlichen Subsidiaritätsklauseln (§ 100g I 1 StPO n.F. am Ende und § 100g I 2 StPO n.F.), was sich ausschließt.

b) Zielwahlsuche

Die nach § 113a II Nr. 1 TKG a.F. gespeicherte Nummer des anrufenden Anschlusses sollte die Zielwahlsuche nach § 100g II StPO a.F. grundsätzlich überflüssig machen. Der Gesetzgeber hat die Eingriffsermächtigung § 100g II StPO a.F. mit der entsprechenden Subsidiaritätsklausel deswegen gestrichen. Nachdem das BVerfG durch Urteil vom 02.03.2010 § 113a TKG jedoch für nichtig erklärt hat, hat sich die Streichung der Eingriffsermächtigung als zu voreilig erwiesen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Zielwahlsuche sich allerdings auch auf § 100g I StPO n.F. stützen dürfen.[266]

---

eine sehr strenge Subsidiaritätsklausel eingefügt und gleichzeitig erklärt, dass die Klausel wegen regelmäßiger Alternativlosigkeit der Maßnahme leerlaufen werde.

[264] Das BVerfG hat im Urteil vom 02.03.2010 vorgegeben, dass zukünftig bei Straftaten, die „bloß" mittels der Telekommunikation begangen worden sind und keine Katalogtat darstellen, über 100g StPO keine Vorratsdaten erhoben werden dürfen (NJW 2010, 833 (848 Rn. 279)). Der Grund für die strenge Subsidiaritätsklausel in § 100g I 2 StPO, den die Begründung des Gesetzesentwurfs angegeben hat, ist dadurch nachträglich entfallen.

[265] Siehe 5. Kapitel C I 3.

[266] Gesetzesentwurf des Bundesregierung BT-Drucks. 16/5846, S. 54. Nach *Zöller* ist § 100g I StPO n.F. wegen fehlender Bestimmtheit und Normenklarheit keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine Zielwahlsuche (GA 2007, 393 (398f.)). Kritisch auch *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100g StPO Rn. 22.

c) Funkzellenabfrage (§ 100g II 2 StPO n.F.)

Der Gesetzgeber hat die Funkzellenabfrage in § 100g II 2 StPO n.F. neu gefasst. Er hat in der neuen Fassung lediglich die Subsidiaritätsklausel in § 100h I 2 StPO a.F. abgewandelt, indem er das Wort „anderenfalls" durch die Wörter „auf andere Weise" ersetzt und sie im Satz an eine andere Stelle gesetzt hat. Die Funkzellenabfrage ist nach § 100g II 2 StPO n.F. nun zulässig, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Die Begründung des Gesetzesentwurfs führt zu der Änderung inhaltlich nichts aus.[267] Es ist aber offensichtlich, dass die Bezeichnung des Bezugspunkts der Klausel[268] mit „anderenfalls" falsch gewesen ist und deswegen korrigiert werden sollte. „Anderenfalls" hat eine andere Bedeutung als „auf andere Weise" und wird in den übrigen Klauseln nicht verwendet.

XII. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 15.02.2002

1. Gesetzesziel

Der Gesetzgeber hat durch Gesetz vom 27.12.1926[269] das Zeugnisverweigerungsrecht für Pressemitarbeiter in § 53 StPO[270] aufgenommen und damit in § 97 StPO die Beschlagnahme von Gegenständen, die das Zeugnisverweigerungsrecht aushöhlen würde, für unzulässig erklärt.[271] 1953 erweiterte er das Zeugnisverweigerungsrecht auf Rundfunkmitarbeiter. Die Medienmitarbeiter durften damals jedoch nur über die Person des Verfassers oder Einsenders später veröffentlichter Beiträge, die einen strafbaren Inhalt hatten, das Zeugnis verweigern (Presseinhaltsdelikte). Eine starke Ausweitung erfuhr das Zeugnisverweigerungsrecht für Medienangehörige 1975:[272] Sie durften fortan erstens auch über ihre Quellen, das heißt ihre Informanten, und zweitens bei allen Arten von Delikten das Zeugnis verweigern.[273] Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 15.02.2002[274] hat das Zeugnisverweigerungsrecht der Medienangehörigen zum zweiten Mal wesentlich erweitert.[275] Der wichtigste Punkt war dabei die Erstreckung des Zeugnisverweigerungsrechts auf selbst recherchiertes Material und alle

---

[267] Siehe BT-Drucks. 16/5846, S. 55.
[268] Zum Begriff „Bezugspunkt der Klauseln" siehe 2. Kapitel B II 1.
[269] RGBl. I 1926, S. 529.
[270] Damals in § 53 I Nr. 4 StPO.
[271] Siehe zu § 97 StPO allgemein oben unter I 3.
[272] BGBl. I 1975, S. 1973.
[273] Siehe zum Ganzen *Kunert* MDR 1975, 885.
[274] BGBl. I 2002, S. 682.
[275] Zum Gesetzgebungsverfahren siehe *Kunert* NStZ 2002, 169 (169). Sehr kritisch derselbe zur Ausweitung des Zeugnisverweigerungsrechts (NStZ 2002, 169 (171f.)).

berufsbezogenen Wahrnehmungen.[276] Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung hielt die Erweiterung für notwendig, weil die Arbeit der Medien durch Beschlagnahme selbst recherchierten Materials Beeinträchtigungen ausgesetzt sei, die im Hinblick auf die grundlegende Bedeutung der Presse- und Rundfunkfreiheit nicht länger hinzunehmen seien.[277] Das neue Gesetz hat zwei Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung eingefügt.

2. Beschlagnahme bei Medienangehörigen (§§ 94, 97 V StPO)

Beweisstücke dürfen bei Medienangehörigen in zwei Fällen beschlagnahmt werden. Dies ist erstens der Fall, wenn dem Medienangehörigen ausnahmsweise kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und zweitens, wenn er selbst Beschuldigter ist oder „deliktsverstrickte" Gegenstände beschlagnahmt werden sollten:

a) Beschlagnahme bei fehlendem Zeugnisverweigerungsrecht

Die Vorschriften über die Beschlagnahme von Gegenständen bei Medienangehörigen bei fehlendem Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 97 V 1, 53 I 1 Nr. 5, I 2, 3, II 2, 3 StPO) bilden ein komplexes Geflecht aus Regel, Ausnahme und Rückausnahme, innerhalb derer nicht wenige Einschränkungen zu berücksichtigen und auch komplizierte Abwägungen vorzunehmen sind. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 I 1 Nr. 5 StPO genannten Personen reicht, ist nach § 97 V 1 StPO die Beschlagnahme von Schriftstücken, Ton-, Bild- und Datenträgern, Abbildungen und anderen Darstellungen, die sich im Gewahrsam dieser Person oder der Redaktion, des Verlages, der Druckerei oder der Rundfunkanstalt befinden, unzulässig. Auf Grund dieser dynamischen Verweisung korrespondiert die Beschlagnahmefreiheit mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Medienangehörigen, weswegen vor der Beschlagnahme zu prüfen ist, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht und wie weit es reicht:

Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 1 Nr. 5 StPO hat einen weiten persönlichen Anwendungsbereich: Es steht allen Personen zu, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung und Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten[278] berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt

---

[276] Nach dem bis dahin herrschenden Verständnis schützte das Zeugnisverweigerungsrecht der Medienmitarbeiter vor allem das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und ihren Informanten, um die im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit der Medien zu ermöglichen (*Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[44] (1999), § 53 Rn. 25 m.w.N.). Es erstreckte sich daher nicht auf das durch Medienangehörige selbst erarbeitete Material. Der Versuch, das Zeugnisverweigerungsrecht bereits im Gesetzgebungsverfahren von 1975 dahingehend zu erweitern, war damals gescheitert (*Kunert* MDR 1975, 885 (887)).

[277] BT-Drucks. 14/5166, S. 1.

[278] Mit den Informations- und Kommunikationsdiensten sind hauptsächlich verschiedene „Online-Dienste" im Internet gemeint, die sich an die Allgemeinheit wenden und ein Mindestmaß an redaktioneller Gestaltung aufweisen (*Ignor/Bertheau*, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 53 Rn. 52).

haben. Den sachlichen Anwendungsbereich des Zeugnisverweigerungsrechts legt § 53 I 2 StPO fest: Das Zeugnisverweigerungsrecht der Medienmitarbeiter bezieht sich auf Angaben zur Person des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des sonstigen Informanten.[279] Es bezieht sich weiterhin auf die den Medienmitarbeitern im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemachten Mitteilungen, auf deren Inhalte sowie auf den Inhalt der von ihnen selbst erarbeiteten Materialien und auf ihre eigenen berufsbezogenen Wahrnehmungen. Nach § 53 I 3 StPO besteht das Zeugnisverweigerungsrecht jedoch nur, wenn es sich um Materialien, Beiträge et cetera für den redaktionellen Teil oder redaktionell aufgearbeitete Informations- und Kommunikationsdienste handelt.[280]

Von dem den Medienmitarbeitern danach grundsätzlich zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht macht § 53 II 2 StPO für ihre selbst erarbeiteten Materialien und ihre berufsbezogenen Wahrnehmungen eine Ausnahme: Es besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn das selbst erarbeitete Material des Medienmitarbeiters oder seine berufsbezogenen Wahrnehmungen zur Aufklärung eines Verbrechens oder der in § 53 II 2 Nr. 1 - 3 StPO genannten Vergehen aus dem Bereich der Staatsschutz-, Sexualdelikte und der Geldwäsche beitragen können und

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*[281]

Von dieser Ausnahme macht § 53 II 3 StPO wiederum eine Rückausnahme, die das Zeugnisverweigerungsrecht über selbst erarbeitetes Material des Medienmitar-

---

[279] Einsender ist, wer den Medien fertige Beiträge für eine Veröffentlichung zur Verfügung stellt, die ein anderer verfasst hat. Ein Informant liefert dagegen einzelne Informationen oder Gegenstände (z.B. Fotos), die für einen Beitrag noch redaktionell zu bearbeiten sind (*Ignor/Bertheau*, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 53 Rn. 64f.).

[280] Das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt sich somit nicht auf Aussagen des Medienmitarbeiters zum sogenannten Anzeigenteil (*Ignor/Bertheau*, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 53 Rn. 70).

[281] Bereits im Gesetzgebungsverfahren 1975, in dem das Zeugnisverweigerungsrecht auf alle Delikte und auf die Quellen der Medienmitarbeiter erstreckt worden war, waren Subsidiaritätsklauseln im Gespräch: Nach dem Entwurf der CDU/CSU – Fraktion sollte das Zeugnisverweigerungsrecht nicht bestehen, „wenn eines der in § 100a StPO bezeichneten Verbrechen oder Vergehen Gegenstand der Untersuchung ist und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre." Nachdem der Bundestag in seinem Gesetzesbeschluss vom 21.02.1975 keine solche Einschränkung vorgenommen hatte, berief der Bundesrat mit Beschluss vom 14.03.1975 den Vermittlungsausschuss ein, mit dem Ziel zu begehren, § 53 I Nr. 5 StPO folgenden Halbsatz anzufügen: „ ... das Zeugnis darf nicht verweigert werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer Straftat des Friedensverrats nach § 80, des Hochverrats nach den §§ 81 bis 83 Abs. 1, des Landesverrats oder der Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 94 bis 96, 97a, 100, des Mordes nach § 211, des Totschlags nach § 212, des Völkermordes nach § 220a, des Menschenraubs nach § 234, der Verschleppung nach § 234a, des erpresserischen Menschenraubs nach § 239a oder der Geiselnahme nach § 239b des Strafgesetzbuchs begründen und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre." Der Vermittlungsausschuss bestätigte jedoch den Gesetzesbeschluss des Bundestages. Die Subsidiaritätsklausel ist nicht Gesetz geworden (siehe zum Ganzen m.w.N. *Kunert* MDR 1975, 885 (887f.)).

beiters oder seine berufsbezogenen Wahrnehmungen wiederherstellt: Der Medienmitarbeiter kann seine Aussage verweigern, soweit sie zur Offenbarung des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des sonstigen Informanten oder der ihm im Hinblick auf seine Tätigkeit nach § 53 I 1 Nr. 5 StPO gemachten Mitteilungen oder deren Inhalts führen würde.[282] Es reicht aus, die Gefahr der Offenlegung des Informanten nicht ausschließen zu können. [283] Der Schutz der Nachrichtenquelle und der von ihr mitgeteilten Informationen ist damit absolut. Der Medienmitarbeiter hat diesbezüglich immer ein Zeugnisverweigerungsrecht. Besteht nach dem bisher Gesagten kein Zeugnisverweigerungsrecht, ist die Beschlagnahme nach § 97 V 1 StPO grundsätzlich zulässig.[284]

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzesentwurf der Bundesregierung bei der Ausnahmeregelung gemäß § 53 II 2 StPO über das wegfallende Zeugnisverweigerungsrecht für selbst erarbeitete Materialien und berufsbezogene Wahrnehmungen keine Subsidiaritätsklausel vorgesehen hatte. Der Entwurf sprach sich sogar ausdrücklich gegen eine Subsidiaritätsklausel aus. Er befürchtete daraus resultierende Probleme für die Hauptverhandlung: Eine Subsidiaritätsklausel zwänge das Gericht zu ständigen „Zwischenbeweiswürdigungen" und unzulässigen Beweisantezipationen, um festzustellen, ob die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten ohne die Aussage des Medienmitarbeiters aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Außerdem hätte der Medienmitarbeiter in Unkenntnis des Prozessstoffs Probleme festzustellen, ob ihm das Zeugnisverweigerungsrecht zustehe.[285] Der Bundesrat sprach sich jedoch für eine Subsidiaritätsklausel aus und verwies auf seinen Gesetzesentwurf vom 12.01.1995, der bereits die Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechts für Medienmitarbeiter zum Gegenstand hatte. Dort hieß es zur Subsidiaritätsklausel:[286]

> *Die Verpflichtung zur Aussage und die Beschlagnahmemöglichkeit sollen auch insoweit bestehen, wenn die Voraussetzungen der neu einzuführenden Subsidiaritätsklausel, die mit demselben Wortlaut in § 100a StPO enthalten ist, gegeben sind.*

---

[282] Dies entspricht der damaligen Rechtsprechung zur Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts in „Gemengelagen" (siehe *Ignor/Bertheau*, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 53 Rn. 69, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 97 Rn. 33 jeweils m.w.N.).

[283] Siehe BT-Drucks. 14/5166, S. 9. *Kunert* sieht darin eine leichte Möglichkeit für den Medienmitarbeiter, sich in allen Fällen ein Zeugnisverweigerungsrecht schaffen zu können (NStZ 2002, 169 (173)).

[284] *Kunert* bemängelt zu Recht, die Regelung weise eine unübersehbare Kompliziertheit auf und sei gewiss nicht praktikabel (NStZ 2002, 169 (174)).

[285] Siehe BT-Drucks. 14/5166, S. 9. Auch in Kenntnis des Prozessstoffs ist es dem Medienmitarbeiter selbst in der Regel nicht möglich, eine solche Abwägung vorzunehmen, da sie strafprozessuale Kenntnisse und praktische Erfahrung in der Ermittlungsarbeit voraussetzt.

[286] BT-Drucks. 13/195, S. 7.

Die Beschlussempfehlung des einberufenen Vermittlungsausschusses folgte in diesem Punkt dem Bundesrat,[287] die Subsidiaritätsklausel wurde Gesetz.

b) Beschlagnahme bei Deliktsverstrickung

Gemäß § 97 V 2 Hs. 1 Alt. 1 StPO in Verbindung mit § 97 II 3 StPO sind Gegenstände nicht beschlagnahmefrei, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, der Medienmitarbeiter selbst sei an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt. Nach diesen Vorschriften dürfen auch Gegenstände beschlagnahmt werden, die durch eine Straftat hervorgebracht worden oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren. Ist eine Straftat allerdings nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar, dürfen die in § 97 V 1 StPO genannten Gegenstände gemäß den §§ 97 V 2 Hs. 1 Alt. 2, 160a IV 2 StPO nur dann beschlagnahmt werden, wenn der Strafantrag gestellt beziehungsweise die Ermächtigung erteilt worden ist. Nach § 97 V 2 Hs. 2 StPO dürfen sie jedoch auch in diesen Fällen nur dann beschlagnahmt werden, wenn die Beschlagnahme unter Berücksichtigung der Grundrechte aus Art. 5 I 2 GG nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.*

Diese Subsidiaritätsklausel war bereits im Regierungsentwurf vorgesehen. Dort hieß es:[288]

> *Außerdem wird die Beschlagnahme nur streng subsidiär zugelassen, nämlich nur dann, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Wie die Erfahrung zeigt, können die Medien nämlich für die Strafverfolgung von besonderem Interesse sein, weil gerade sie häufig über besonders brisante Unterlagen verfügen. Der Gefahr einer Überbetonung des Strafverfolgungsinteresses soll daher bereits auf der Ebene des einfachen Verfahrensrechts wirksam begegnet werden können. Dies wird mit der ausdrücklichen Erwähnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Verwendung der bereits an anderer Stelle – nämlich bei der Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO – verwendeten Subsidiaritätsklausel bewirkt.*

Der Bundesrat sprach sich in seiner Stellungnahme dafür aus, § 97 V 2 StPO gar nicht zu modifizieren und damit auch keine Subsidiaritätsklausel einzufügen.[289] Er verwies auf die aus seiner Sicht ausreichende Verwaltungsvorschrift Nr. 73a RiStBV, die den Ermittlungsbehörden gebot:

[287] BT-Drucks. 14/7776, S. 2.
[288] BT-Drucks. 14/5166, S. 10.
[289] BT-Drucks. 14/5166, S. 11f.

Durchsuchung und Beschlagnahme stellen erhebliche Eingriffe in die Rechte des Betroffenen dar und bedürfen daher im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer sorgfältigen Abwägung. Bei der Prüfung, ob bei einem Zeugnisverweigerungsberechtigten die Voraussetzungen für eine solche Maßnahme vorliegen (§ 97 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 2 StPO), ist ein strenger Maßstab anzulegen.

Die Bundesregierung betonte in einer Gegenäußerung, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bedürfe es einer umfassenden und eindeutigen Regelung, ob publizistische Aufgaben einen Vorrang der Presse- und Rundfunkfreiheit gegenüber den Bedürfnissen der Strafrechtspflege erfordern. Angesichts des hohen Ranges der beiden sich gegenüberstehenden Verfassungspositionen komme diese Entscheidung in erster Linie dem Gesetzgeber zu.[290] Die Bundesregierung hat sich im Vermittlungsausschuss mit dieser Ansicht durchgesetzt.

XIII. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 06.08.2002

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 06.08.2002[291] hat mit § 100i StPO eine Eingriffsermächtigung für den sogenannten IMSI-Catcher eingefügt.[292] Hierbei handelt es sich um ein Gerät, das die Basisstation einer Funkzelle für den Mobilfunk simuliert und dadurch alle Mobiltelefone in seinem Bereich, die sich im Stand-by-Betrieb befinden, veranlasst, sich in den IMSI-Catcher einzubuchen. Durch ein Kommando, das sonst nur für Fehlermeldungen vorgesehen ist, können alle eingebuchten Handys gezwungen werden, die IMSI (International Mobile Subscriber Identity) und die IMEI (International Mobile Equipment Identity) zu übermitteln.[293] Die IMSI ist die weltweit nur einmal vergebene, unveränderliche und nur dem Netzbetreiber bekannte Nummer der Chipkarte (SIM-Karte) eines Mobiltelefons. Die IMEI ist die Gerätenummer des Mobiltelefons.[294] Mittels dieser beiden Nummern können anschließend über den Netzbetreiber die Bestandsdaten abgefragt werden, vor allem der Name des Nutzers und die Rufnummer des Handys.[295] Ist die Kartennummer oder die Gerätenummer bereits bekannt, kann mit Hilfe des IMSI-Catchers auch festgestellt werden, ob das Handy sich in dem kleinen Einzugsbereich des IMSI-Catchers befindet und damit relativ genau der Standort des Handys (und damit seines Nutzers) bestimmt werden. Mit einem Zusatzgerät kann das Handy auch angepeilt und sein Standort ganz genau bestimmt werden.[296] Während des Einsatzes des IMSI-Catchers kön-

---

[290] BT-Drucks. 14/5166, S. 13.
[291] BGBl. I 2002, S. 3018.
[292] Zur Entstehungsgeschichte siehe *Schäfer*, in: LR^{25}, Bd. 2 (2004), § 100i Rn. 2.
[293] *Fox* DuD 2002, 212 (213).
[294] *Hilger* GA 2002, 557 (557).
[295] *Fox* DuD 2002, 212 (213).
[296] *Fox* DuD 2002, 212 (213f.).

nen alle Handys in dessen Einzugsbebreich für einige Sekunden keine Verbindung aufbauen oder eingehende Anrufe empfangen.[297]

Ziel des Gesetzes war es, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine eindeutige Rechtsgrundlage für diese Ermittlungsmaßnahme zu schaffen.[298] Das Gesetz fügte mit der neuen Eingriffsermächtigung auch zwei neue Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung ein, die später jedoch wieder gestrichen worden sind.

2. IMSI-Catcher (§ 100i StPO a.F.)

Der Einsatz des IMSI-Catcher war nach der ursprünglichen Fassung des § 100i I Nr. 1 StPO a.F. nur zulässig, um die Telefonüberwachung nach § 100a StPO vorzubereiten und die dazu erforderliche Kartennummer oder Gerätenummer eines Mobiltelefons zu ermitteln.[299] Dies erforderte nach § 100i II 1 StPO a.F., dass die Voraussetzungen des § 100a StPO vorlagen und

> … *die Durchführung der Überwachungsmaßnahme ohne die Ermittlung der Geräte- oder Kartennummer nicht möglich oder wesentlich erschwert wäre.*

Gemäß § 100i I Nr. 2 StPO a.F. durfte zur vorläufigen Festnahme nach § 127 II StPO oder der Ergreifung des Täters auf Grund eines Haftbefehls oder Unterbringungsbefehls der Standort eines aktiv geschalteten Mobilfunkendgeräts ermittelt werden. Dies war nach § 100i II 2 StPO a.F. nur im Falle einer Straftat von erheblicher Bedeutung zulässig und wenn

> … *die Ermittlung des Aufenthalts des Täters auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre.*[300]

Die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, der § 100i StPO in den Entwurf eines Gesetzes mit ganz anderer Zielrichtung eingefügt hat, enthält zu den beiden Subsidiaritätsklauseln keine Ausführungen.[301]

---

[297] *BVerfG* NJW 2007, 351 (356 Rn. 80).

[298] Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/9088, S. 2 und 7. Die Bundesregierung hatte bereits am 10.09.2001 auf eine Kleine Anfrage von FDP-Abgeordneten geantwortet, dass sie den bereits damals praktizierten Einsatz des IMSI-Catchers auf die §§ 100a, 161 StPO stütze, gleichwohl prüfe, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in der StPO eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür zu schaffen (BT-Drucks. 14/6885, S. 1).

[299] Als Anknüpfungspunkt für die Überwachung der Telekommunikation können sowohl die Kartennummer wie auch die Gerätenummer dienen, vgl. auch § 100b II Nr. 2 StPO. Die Überwachung über die Gerätenummer hat den Vorteil, dass sie fortgesetzt werden kann, wenn die Zielperson aus Vorsicht die SIM-Karte wechselt, das Mobiltelefon jedoch behält und mit der neuen SIM-Karte weiternutzt.

[300] *Hilger* hat angesichts der Eilbedürftigkeit solcher Festnahmen/Ergreifungen am Sinn der Subsidiaritätsklausel gezweifelt (GA 2002, 557 (559)). *Schäfer* meinte, die Subsidiaritätsklausel werde eben wegen der regelmäßigen Eilbedürftigkeit leerlaufen (LR[25], Bd. 2 (2004), § 100i Rn. 10).

[301] Siehe BT-Drucks. 14/9088, S. 7.

3. IMSI-Catcher (§ 100i StPO n.F.)

Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 hat der Gesetzgeber § 100i StPO geändert. Die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen hat er zum Teil verschärft, zum Teil gelockert. Die Anordnung setzt nun für beide Alternativen in § 100i I Nr. 1 und 2 StPO n.F. voraus, bestimmte Tatsachen müssen den Verdacht begründen, jemand habe als Täter oder Teilnehmer eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung begangen, zu begehen versucht oder durch eine Straftat vorbereitet. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 100i I Nr. 2 StPO a.F. ausgeweitet: Nach der neuen Fassung darf der IMSI-Catcher eingesetzt werden, um den Standort eines Mobilfunkendgeräts zu ermitteln. Die Einschränkungen in § 100i I Nr. 2 StPO a.F., der Standort dürfe nur zur Festnahme des Beschuldigten oder zu seiner Ergreifung auf Grund eines Haftbefehls oder Unterbringungsbefehls ermittelt werden, sind weggefallen.

Die beiden Subsidiaritätsklauseln in § 100i II 1 und 2 StPO a.F. hat der Gesetzgeber gestrichen. Nach der Streichung der Subsidiaritätsklausel in § 100g II StPO a.F. (Zielwahlsuche)[302] handelte es sich somit um die zweite und dritte Subsidiaritätsklausel, die gestrichen worden ist. Der Gesetzgeber hat zwar in § 100i I StPO n.F. am Ende für die Ermittlungsmaßnahmen nach Nr. 1 und 2 geregelt, dass sie nur angeordnet werden dürfen,

> *... soweit dies für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erforderlich ist.*

Hierbei handelt es sich jedoch um keine Subsidiaritätsklausel, sondern um eine einfachgesetzliche Wiederholung des Merkmals der „Erforderlichkeit" des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Auf die obigen Ausführungen zu § 100g I 1 StPO n.F. am Ende wird verwiesen.[303] [304]

Die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung macht zu den Gründen für die Streichung der beiden Subsidiaritätsklauseln keine Angaben.[305]

---

[302] Siehe XI 3b).
[303] Siehe 3. Kapitel B XI 3 a).
[304] Der Wortlaut der §§ 100g I 1, 100i I StPO n.F. ist irreführend, da er die Bezugspunkte „Erforschung des Sachverhalts" und „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" verwendet, wie das bei den „eigentlichen" Subsidiaritätsklauseln üblich ist. In §§ 81e I 1, 81h I StPO spricht der Gesetzgeber dagegen davon, dass die Maßnahmen „erforderlich" sein müssen, ohne die Bezugspunkte zu nennen. Inhaltlich ergibt sich daraus jedoch kein Unterschied.
[305] Vgl. BT-Drucks. 16/5846, S. 56f.

XIV. Gesetz zur Novellierung der Forensischen DNA-Analyse vom 12.08.2005

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Novellierung der Forensischen DNA-Analyse vom 12.08.2005[306] hat mit § 81h StPO eine Eingriffsermächtigung für den DNA-Reihentest geschaffen. Hierbei werden bei einer Vielzahl von Personen, die ausgewählt nach bestimmten Kriterien als Spurenträger in Frage kommen, Körperzellen entnommen, molekulargenetisch untersucht und das DNA-Indentifizierungsmuster mit dem des vorhandenen Spurenmaterials abgeglichen. Die Strafverfolgungsbehörden praktizierten solche Reihentests bereits seit 1989,[307] obwohl die Strafprozessordnung keine ausdrückliche Eingriffsermächtigung für sie enthielt. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme war daher umstritten.[308] [309] Der Gesetzgeber wollte mit § 81h StPO diese Rechtsunsicherheit beseitigen.[310]

2. DNA-Reihentest (§ 81h StPO)

Der DNA-Reihentest hat mehrere Zulässigkeitsvoraussetzungen: Er darf gemäß § 81h I StPO nur angeordnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass ein Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung begangen worden ist.[311] Ferner ist Zulässigkeitsvoraussetzung, dass bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale sich festlegen lassen, anhand derer der Personenkreis für den Reihentest eingegrenzt werden kann. Das sind Eigenschaften, Umstände und Verhältnisse, die nach dem Ermittlungsstand vermutlich auf den Täter zutreffen, wie z.B. Alter, Geschlecht, Haar- und Augenfarbe, Haltereigenschaft eines bestimmten Kraftfahrzeugs, Dialekt oder Wohnort. Die Zahl der Merkmale darf nicht zu gering, die Merkmale selbst nicht zu allgemein sein, damit der Personenkreis für den DNA-Reihentest nicht zu groß ist.[312] Obwohl der Reihentest als solcher nach § 81h II 1 StPO richterlich anzuordnen ist, muss als zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung der einzelne Betroffene in die Untersuchung seiner Körperzellen schriftlich einwilligen (§ 81h I StPO).[313] Stimmt er nicht zu, können ihm Körperzellen nur nach § 81e I StPO entnommen werden, wenn sich

---

[306] BGBl. I 2005, S. 2360.
[307] *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (193).
[308] BT-Drucks. 15/5674, S. 7, *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (193), *Senge* NJW 2005, 3028 (3032).
[309] Zu den einzelnen Meinungen bezüglich einer Rechtsgrundlage nach damaligem Recht siehe *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (193f.). Ausführlich und eine Rechtsgrundlage verneinend *Satzger* NStZ 2001, 639 (643 - 647), *Graalmann-Scheerer* NStZ 2004, 297 (297 – 299).
[310] Begründung des Gesetzesentwurfs BT-Drucks. 15/5674, S. 6 und 9.
[311] Zu den einzelnen in Frage kommenden Straftatbeständen siehe *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81h Rn. 2 und *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (195).
[312] Vgl. zum Ganzen *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81h Rn. 3, *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (195).
[313] Zu den Gründen für diese in der Strafprozessordnung einmalige Konstruktion siehe *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (196).

(eventuell auf Grund weiterer Ermittlungen) gegen ihn ein Anfangsverdacht begründen lässt. Aus der verweigerten Einwilligung allein darf die Strafverfolgungsbehörde diesen Verdacht nicht ableiten.[314] Der Reihentest darf schließlich auch nur dann angeordnet werden, wenn er erforderlich ist, um festzustellen, ob das Spurenmaterial von einer der zu untersuchenden Personen stammt und im Hinblick auf die Anzahl der betroffenen Personen nicht außer Verhältnis zur Schwere der Tat steht.

Die Vorschrift enthält keine Subsidiaritätsklausel. Der Gesetzgeber hat auf sie trotz entsprechender Vorschläge in der Literatur verzichtet.[315] Dennoch sollte der Reihentest nach seiner Vorstellung keine Standardmaßnahme sein, sondern einen Ausnahmecharakter haben. [316] Das Schrifttum folgert daraus teilweise, *erforderlich* in dem oben genannten Sinne sei der Reihentest nur dann, wenn andere Maßnahmen keine Aussicht auf Erfolg bieten.[317] Der DNA-Reihentest wird daher auch als „ultima ratio" eingestuft.[318] Das ist jedoch nicht richtig: Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt es sich nicht. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen jegliche der bekannten Subsidiaritätsklauseln spricht sogar deutlich gegen die Einstufung der Maßnahme als „ultima ratio". Die Begründung des Gesetzesentwurfs führte schließlich sinngemäß aus, vor Durchführung des DNA-Reihentests seien konventionelle, mit Beeinträchtigungen einhergehende Ermittlungen im sozialen Umfeld sämtlicher Probanden nicht erforderlich.[319] Nach dem Willen des Gesetzgebers kann die Maßnahme schon deswegen keine „ultima ratio" sein.

XV. Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007

Das Gesetz hat verschiedene Änderungen in Bezug auf Subsidiaritätsklauseln mit sich gebracht. Das vorliegende 3. Kapitel hat die Änderungen zum besseren Verständnis jeweils in den Ausführungen zu den einzelnen Ermittlungsmaßnahmen und den Gesetzen, die sie in die Strafprozessordnung eingefügt haben, bereits beschrieben. Aus diesem Grund fasst das Kapitel an dieser Stelle die Änderungen, die das für den Untersuchungsgegenstand wichtige Gesetz mit sich gebracht hat, nur noch kurz zusammen und verweist ansonsten auf vorhergehende Ausführungen.

---

[314] *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (196) m.w.N.

[315] *Graalmann-Scheerer* NStZ 2004, 297 (300), *Senge* NJW 2005, 3028 (3032).

[316] BT-Drucks. 15/5674, S. 9 und 13f.

[317] *Senge*, in: KK[6] (2008), § 81h Rn. 4, *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (195) m.w.N.

[318] *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 81h Rn. 5, *Bergemann/Hornung* StV 2007, 164, (165 Fn. 17), *Saliger/Ademi* JuS 2008, 193 (195), *Krause*, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 81h Rn. 16.

[319] *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, Rn. 381. Siehe im Einzelnen BT-Drucks. 15/5674, S. 13, rechte Spalte, zweiter Absatz am Ende.

1. Gesetzesziel

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007[320] hatte das Ziel, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und grundrechtssichernden Ausgestaltungen der verdeckten strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen zu harmonisieren und diesen Regelungskomplex dadurch insgesamt übersichtlicher und rechtsstaatlichen Geboten entsprechend zu gestalten. Zugleich sollten aber auch praktische Erfordernisse berücksichtigt werden.[321]

2. Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO)

Der Gesetzgeber hat die bestehende Subsidiaritätsklausel in § 100a I Nr. 3 StPO n.F. neu gefasst. Er hat die Klausel inhaltlich unverändert gelassen, lediglich die Reihenfolge von „aussichtslos“ und „wesentlich erschwert“ vertauscht. Die Telekommunikation darf seitdem überwacht und aufgezeichnet werden, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.*[322]

3. Akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO n.F.)

Der Gesetzgeber hat in Bezug auf Subsidiaritätsklauseln rein redaktionelle oder klarstellende Änderungen vorgenommen. Die für die akustische Überwachung der Wohnung des (Mit-) Beschuldigten und der Wohnung Dritter geltenden zwei (gleichstrengen) Subsidiaritätsklauseln wurden in § 100c I Nr. 4 StPO n.F. „vor die Klammer gezogen“. Nach § 100c I Nr. 4 StPO n.F. ist die Überwachung der *Betroffenen* (also des Beschuldigten und Dritter) zulässig, wenn

> *... die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.*[323]

4. Akustische Überwachungen außerhalb von Wohnungen (§ 100f StPO n.F.)

Das Gesetz hat lediglich redaktionelle Änderungen vorgenommen und die bestehenden beiden Subsidiaritätsklauseln für die akustische Überwachung des Beschuldigten und Dritter außerhalb der Wohnung in § 100f I, II 2 StPO inhaltsgleich neu gefasst.[324]

---

[320] BGBl. 2007, S. 3198
[321] Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 16/5846, S. 2.
[322] Siehe oben III 2.
[323] Siehe zu den einzelnen Änderungen ausführlich oben VIII 3 b).
[324] Siehe oben VI 5.

5. Auskunft über Verkehrsdaten (§ 100g StPO)

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 hat bei der Auskunft über Verkehrsdaten außerdem Folgendes geändert: Wurde eine Straftat mittels der Telekommunikation begangen, dürfen die Verbindungsdaten nach § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO n.F. erhoben werden, wenn

> ... *die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre.*

Die Erhebung der Daten ist in dieser Alternative im Gegensatz zu § 100g I 1 Alt. 2 StPO a.F. ausdrücklich subsidiär geworden.[325] Die Eingriffsermächtigung für die Zielwahlsuche in § 100g II StPO a.F. mit der darin enthaltenen Subsidiaritätsklausel ist gestrichen worden.[326] Die Funkzellenabfrage ist in § 100g II 2 StPO n.F. redaktionell neu gefasst worden. Inhaltliche Änderungen für die Subsidiaritätsklausel dieser Eingriffsermächtigung ergaben sich dabei nicht.[327]

6. Der IMSI-Catcher

Der Gesetzgeber hat die beiden Subsidiaritätsklauseln in § 100i II 1 und 2 StPO a.F. gestrichen.[328]

---

[325] Vgl. oben XI 2 a) und 3 a).
[326] Siehe ausführlich oben XI 2 b) und 3 b).
[327] Siehe oben XI 2 c) und 3 c).
[328] Siehe oben XIII 2 und 3.

4. Kapitel: Subsidiaritätsklauseln in Gesetz und Rechtsprechung

A. Überblick

Das vorhergehende Kapitel hat gezeigt, wie Subsidiaritätsklauseln in die Strafprozessordnung eingefügt, in ihr modifiziert oder gestrichen worden sind, kurzum: die sukzessive Entstehung des heutigen Systems von Subsidiaritätsklauseln. Dieses Kapitel gliedert als Fortführung des vorhergehenden die heute im Gesetz vorhandenen Subsidiaritätsklauseln in ihre verschiedenen Typen und zeigt auf, welche Ermittlungsmaßnahmen der jeweiligen Klausel beziehungsweise keiner Klausel unterworfen sind (B I). Es beschreibt anschließend die auf den ersten Blick festzustellenden Auffälligkeiten (B II). Die Gliederung bietet Übersicht und ist vor allem für die weitere Untersuchung im 8. Kapitel erforderlich, die nach der Konsistenz des Systems fragt. Das vorliegende Kapitel untersucht darüber hinaus, welche Subsidiaritätsklauseln die Rechtsprechung entwickelt hat (C).

B. Subsidiaritätsklauseln im Gesetz

I. Gliederung nach Typen

Die Untersuchung listet die verschiedenen strafprozessualen Maßnahmen, die den einzelnen Subsidiaritätsklauseln beziehungsweise keiner Klausel unterworfen sind, nachfolgend auf. Manche Maßnahmen können in verschiedenen Varianten durchgeführt werden und unterstehen dabei zum Teil unterschiedlichen Klauseln. In solchen Fällen führt die Untersuchung die unterschiedlichen Varianten der Maßnahme getrennt auf.[329]

0. Keine Subsidiaritätsklausel

Folgende zwanzig Ermittlungsmaßnahmen sind nicht ausdrücklich subsidiär: [330]

- § 81 StPO: Unterbringung zur Beobachtung
- § 81a StPO: körperliche Untersuchung des Beschuldigten
- § 81b StPO: erkennungsdienstliche Behandlung
- § 81c StPO: körperliche Untersuchung Dritter
- § 81e StPO: DNA-Analyse
- § 81g StPO: DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren
- § 81h StPO: DNA-Reihentest
- § 94 StPO: Beschlagnahme
- § 98c StPO: Datenabgleich
- § 99 StPO: Postbeschlagnahme
- § 100g I 1 Nr. 1 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei Verdacht einer Katalogtat
- § 100i StPO: IMSI-Catcher
- § 102 StPO: Durchsuchung beim Beschuldigten
- § 103 StPO: Durchsuchung bei Dritten
- § 111 StPO: Einrichtung von Kontrollstellen
- § 131 I, II StPO: nichtöffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten
- § 131a I, II StPO: nichtöffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung des Beschuldigten oder Zeugen

[329] An dieser Stelle wird daran erinnert, dass die gesamte Untersuchung sich nur mit Ermittlungsmaßnahmen im Sinne von Informationsbeschaffungsmaßnahmen befasst (1. Kapitel B). Die Gliederung berücksichtigt die Maßnahmen nach §§ 111a, 111b ff., 112ff., 126a und 127 StPO daher nicht.

[330] Entgegen der üblichen Gliederung in dieser Arbeit fängt die obige Gliederung auf der Ebene der arabischen Ziffern mit der Null an. Der Grund dafür ist, dass die Ziffern später in der Tabelle 1 des 8. Kapitels als Stellvertreter für die verschiedenen Typen von Klauseln beziehungsweise für fehlende Klauseln dienen werden. Fehlende Klauseln veranschaulicht die Null dabei am besten.

- §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO: Ermittlungsmaßnahmen auf Grund der Generalklauseln
- §§ 163b, 163c StPO: Identitätsfeststellung[331]
- § 163d StPO: Schleppnetzfahndung

1. Subsidiaritätsklausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert"

Nur zwei Eingriffsermächtigungen kennen die Subsidiaritätsklausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert":

- § 100h I 1 Nr. 1 StPO: Bildaufnahmen vom Beschuldigten
- § 100h I 1 Nr. 2 StPO: Einsatz sonstiger technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten

2. Subsidiaritätsklausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert"

Die Strafprozessordnung enthält neun Mal die Subsidiaritätsklausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert":

- § 98a I 2 StPO: Rasterfahndung
- § 100h II 2 Nr. 1 StPO: Bildaufnahmen von Dritten
- § 131 III 1 StPO: öffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten
- § 131a III StPO: öffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung des Beschuldigten oder Zeugen
- § 131b I StPO: Veröffentlichung von Abbildungen des Beschuldigten zur Aufklärung einer Straftat
- § 163e I 2 StPO: Ausschreibung des Beschuldigten zur polizeilichen Beobachtung
- § 163e I 3 StPO: Ausschreibung Dritter zur polizeilichen Beobachtung
- § 163f I 1 StPO: längerfristige Observation des Beschuldigten
- § 163f I 2 StPO: längerfristige Observation Dritter

3. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert"[332]

Die Subsidiaritätsklausel: „aussichtslos oder wesentlich erschwert" ist ebenfalls neun Mal in den Eingriffsermächtigungen der Strafprozessordnung vertreten:

---

[331] § 163b I StPO enthält allerdings eine kleinräumige Subsidiaritätsklausel, die nicht Teil des hier zu behandelnden Systems von Subsidiaritätsklauseln ist, vgl. Fn. 80.
[332] Der Gesetzgeber formuliert in § 100a I Nr. 3 StPO n.F. in umgekehrter Reihenfolge: „wesentlich erschwert oder aussichtslos".

- § 97 V 2 Hs. 2 StPO: Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern
- § 100a I Nr. 3 StPO: Überwachung der Telekommunikation
- § 100f I StPO: akustische Überwachung des Beschuldigten außerhalb der Wohnung
- § 100f II 2 StPO: akustische Überwachung Dritter außerhalb der Wohnung
- § 100g II 2 StPO: Funkzellenabfrage
- § 100h II 2 Nr. 2 StPO: Einsatz sonstiger technischer Observationsmittel gegen Dritte
- § 110a I 3 StPO: Einsatz eines Verdeckten Ermittlers bei einer Katalogtat oder bei Verbrechen mit bestehender Wiederholungsgefahr
- § 131a IV 2 StPO: öffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung eines Zeugen mit Veröffentlichung seiner Abbildung
- § 131b II StPO: Veröffentlichung von Abbildungen des Zeugen zur Aufklärung einer Straftat

4. Subsidiaritätsklausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“

Nur eine Eingriffsermächtigung kennt die Subsidiaritätsklausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“:[333]

- § 100c I Nr. 4 StPO: akustische Wohnraumüberwachung

5. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“

Die Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“ ist in zwei Eingriffsermächtigungen enthalten:

- § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten
- § 110a I 4 StPO: Einsatz eines Verdeckten Ermittlers bei Verbrechen ohne Wiederholungsgefahr

[333] Wie bei der Subsidiaritätsklausel in § 100a I Nr. 3 StPO (siehe vorhergehende Fußnote) hat der Gesetzgeber auch hier die ansonsten bei den zweigliedrigen Subsidiaritätsklauseln übliche Reihenfolge vertauscht und stellt zunächst auf den Ermittlungsaufwand und erst an zweiter Stelle auf die Erfolgsaussicht ab.

II. Erste Betrachtung der Gliederung

Tritt man drei Schritte zurück und betrachtet die obige Gliederung, fallen Dinge auf. Sie sollen an dieser Stelle nur beschrieben, nicht erklärt werden:

Zusammengerechnet enthalten die Eingriffsermächtigungen der Strafprozessordnung 23 Subsidiaritätsklauseln. Die verschiedenen Subsidiaritätsklauseln sind sehr asymmetrisch verteilt: Zahlenmäßig sind mit jeweils neun die Klauseln „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert" und „aussichtslos oder wesentlich erschwert" am stärksten vertreten. Die anderen Subsidiaritätsklauseln treten mit jeweils einer beziehungsweise zwei dagegen kaum in Erscheinung.

Wird dieselbe Ermittlungsmaßnahme gegen den Beschuldigten und gegen Dritte angewandt, enthalten die jeweiligen Eingriffsermächtigungen diesbezüglich mal gleichstrenge, mal verschiedenstrenge Subsidiaritätsklauseln: Der Einsatz unterliegt gegenüber dem Beschuldigten und gegenüber Dritten gleichstrengen Subsidiaritätsklauseln bei den Maßnahmen nach §§ 100a, 100c, 131a III, 163e, 163f StPO und verschiedenstrengen bei Maßnahmen nach §§ 100h, 131a III i.V.m. IV 2, 131b StPO.

Sämtliche „klassischen" Ermittlungsmaßnahmen, die auch schon die Strafprozessordnung von 1877 kannte, enthalten keine Subsidiaritätsklauseln (§§ 81, 94 ff., 99, 102, 103 I 1, 161, 163 StPO). Sämtliche Eingriffsermächtigungen, die in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts zur Bekämpfung des Terrorismus eingefügt worden sind, sind ebenfalls nicht ausdrücklich subsidiär (§§ 103 I 2, 111, 163b, 163c, 163d StPO).[334]

C. Subsidiaritätsklauseln in der Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung hat eine Subsidiaritätsklausel im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung eingeführt. Dies geschah in der vielbeachteten „Hörfallen-Entscheidung" des Großen Senats für Strafsachen (I.). Nach dem Urteil des EGMR „Allan gegen Großbritannien" (II.) geriet diese Rechtsprechung des BGH jedoch ins Wanken. Der BGH hat in seiner neuen Rechtsprechung auf das Urteil des EGMR reagiert (III.).

I. Großer Senat: „Hörfallen-Entscheidung" - BGHSt 42, 139

Der „Hörfallen-Entscheidung" lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Zeuge E. teilte der Polizei mit, der spätere Angeklagte A. habe ihm gegenüber telefonisch

[334] Bei den Vorschriften über die Beschlagnahme (94ff. StPO) enthält lediglich § 97 V 2 Hs. 2 StPO eine Subsidiaritätsklausel für die Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Ausnahmevorschrift mit einem sehr engen Anwendungsbereich. Zu § 163b I StPO siehe auch Fn. 80.

einen schweren Raub eingeräumt. E. rief auf Veranlassung der Polizei A. nochmals an. Zu Beweiszwecken hatte die Polizei am Telefon des E. einen Zweithörer angebracht, mit dessen Hilfe ein Dolmetscher das auf Arabisch geführte Telefonat mitverfolgte. A. wiederholte in dem Telefonat die selbstbelastenden Angaben. Das Landgericht verurteilte ihn auf Grund der Aussage des Dolmetschers.

Der Große Senat prüfte den Sachverhalt unter verschiedenen Aspekten: Verletzung der Belehrungspflicht (§§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO), Täuschung (§§ 136a I 1, 163a III 2 StPO), Verletzung eines etwaigen „Grundsatzes der Offenheit staatlichen Handelns“, Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), Verletzung des Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG) und Verletzung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“. Er hat im Vorgehen der Polizei keine Verletzung des Rechts unter den genannten Aspekten gesehen. Hinsichtlich der Begründung ist hier wegen ihrer späteren Relevanz nur auf die Ausführungen des Großen Senats zum Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ einzugehen:[335] Der Große Senat führte aus, der Grundsatz schütze den Beschuldigten lediglich vor einem Zwang zur Aussage oder einer sonstigen aktiven Mitwirkung am Strafverfahren, jedoch nicht vor irrtumsbedingt gemachten selbstbelastenden Angaben. Dies gelte auch, wenn Strafverfolgungsorgane die irrtumsbedingten Äußerungen hervorgerufen haben. Die Motive des Beschuldigten für irrtumsbedingte selbstbelastende Äußerungen seien durch den nemo-tenetur-Grundsatz nicht geschützt.[336] [337]

Nachdem der Große Senat jedwede Rechtsverletzung untersucht und verneint hat, hätte er die „Hörfalle“ an sich für uneingeschränkt zulässig erklären können. Das tat er indessen nicht. *Rieß* spricht von einem eigenartigen methodischen

---

[335] Allgemeine Besprechungen des Urteils finden sich bei *Weßlau* ZStW 1998, 1, *Renzikowski* JZ 1997, 710, *Roxin* NStZ 1997, 18, *Derksen* JR 1997, 167, *Kudlich* JuS 1997, 696.

[336] BGHSt 42, 139 (151 – 153).

[337] *Fezer* macht auf Folgendes aufmerksam: Die herkömmliche Sichtweise, der nemo-tenetur-Grundsatz wolle den Beschuldigten lediglich vor dem Zwang schützen, an den Ermittlungen gegen ihn aktiv mitzuwirken, sei auf die offene Vernehmung im Sinne der §§ 133ff. StPO zugeschnitten. Dort könne der Beschuldigte nicht dem Irrtum unterliegen, durch selbstbelastende Angaben an seiner eigenen Überführung gar nicht mitzuwirken, weswegen bei offenen Vernehmungen kein Schutzbedürfnis für irrtumsbedingte Selbstbelastungen bestehe. Die „unoffene“ Befragung sei eine völlig andersartige Vernehmungsmethode. Bei ihr verliere der Beschuldigte seine Freiheit, sich nicht zu belasten, wenn die Polizei eine Privatperson zur Befragung vorschicke. Dass der Beschuldigte sich auf ein Gespräch mit der Privatperson gar nicht einlassen müsse, sei nur eine ganz vordergründige Beurteilung (NStZ 1996, 289 (289f.)). *Roxin* meint, der nemo-tenetur-Grundsatz schütze auch vor staatlich veranlassten, irrtumsbedingten Selbstbelastungen, da man nur so dem Grundsatz vollauf gerecht werde (NStZ 1995, 465 (466f.) mit näheren Ausführungen). Er hält die „Hörfalle“ auch für eine Umgehung des § 136 I StPO mit seiner Belehrungspflicht für förmliche Vernehmungen und dem dazu von der Rechtsprechung entwickelten Verwertungsverbot für den Fall der Verletzung dieser Pflicht (NStZ 1997, 18 (18f.)). Der 5. Strafsenat des BGH hielt in seinem Vorlagebeschluss die Hörfalle für eine Umgehung der „Wertentscheidung der Verfassung für ein Schweigerecht“ (NStZ 1996, 200 (201)).

Bruch an dieser Stelle:[338] Der Große Senat stellte fest, dem Einsatz von Privatpersonen zur Aufklärung von Straftaten seien rechtsstaatliche Grenzen gesetzt und nannte auch einzelne Beispiele.[339] Wegen der Nähe zum nemo-tenetur-Grundsatz, der Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz des fairen Verfahrens hatte der Große Senat letztendlich Bedenken, dass die Ermittlungsbehörde den Beschuldigten in der beschriebenen Weise zu Äußerungen veranlasst hatte. Ob diese Bedenken durchgreifen, hänge laut dem Großen Senat von einer Abwägung der genannten Prinzipien mit der Pflicht des Staates zur effektiven Strafverfolgung ab. Der Große Senat wog zwischen den Positionen ab und kam dabei – ohne seine leitenden Gedanken bei der Abwägung zu nennen – zu dem Ergebnis, der Einsatz von Personen, die den Beschuldigten befragen, sei zulässig und das dabei belauschte Gespräch verwertbar, wenn

> *... es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden – für deren Auswahl untereinander wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*[340]

Der Große Senat hat mit diesem Wortlaut eindeutig an eine aus der Strafprozessordnung bekante Subsidiaritätsklausel angeknüpft. Nach *Rieß'* Ansicht ist die Entscheidung des Großen Senats, gerade diese Voraussetzungen ausgewählt zu haben, ein wenig willkürlich und auch nicht näher begründet.[341] *Bernsmann* spricht etwas salopper davon, dass der Große Senat eine Subsidiaritätsklausel „aus dem Hut gezaubert" habe.[342] Die Voraussetzungen für die Hörfalle seien angesichts der ausdrücklich in der Strafprozessordnung aufgestellten Erfordernisse für heimliche Ermittlungsmethoden zu niedrig angesetzt.[343] Laut *Weßlau* habe der Große Senat ohne jede dogmatische Abstützung, rein ergebnisorientiert judiziert, die Lösung sei im Ergebnis halbherzig und in der Begründung denkbar schwach und vage.[344] Wie man der Lösung des Großen Senats auch gegenüberstehen mag, sie hat eine Subsidiaritätsklausel in die Rechtsprechung für den Fall eingeführt, dass Privatpersonen den Beschuldigten zur Tat befragen und ihm dabei ihre Beauftragung durch die Ermittlungsbehörde sowie den in der Sachverhaltsaufklärung liegenden eigentlichen Zweck verschweigen.

---

[338] NStZ 1996, 505 (505).
[339] BGHSt 42, 139 (154f.).
[340] BGHSt 42, 139 (157).
[341] NStZ 1996, 505 (505).
[342] StV 1997, 116 (116).
[343] *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (230).
[344] ZStW 1998, 1 (15).

II. EGMR: „Allan gegen Großbritannien“

Der EGMR hat am 05.11.2002 das Urteil „Allan gegen Großbritannien“ gefällt, das das Schweigerecht des Beschuldigten auf staatlich herbeigeführte irrtumsbedingte Selbstbelastungen des Beschuldigten ausgedehnt haben könnte. Dies stünde der Auslegung des nemo-tenetur-Grundsatzes durch den Großen Senat für Strafsachen in der „Hörfallen-Entscheidung“ entgegen und hätte daher direkten Einfluss auf die dort eingeführten Subsidiaritätsklauseln: Die MRK hat in der Bundesrepublik zwar „nur“ den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, die übrigen deutschen Gesetze sind jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH konventionskonform auszulegen.[345] Die MRK geht ihnen deswegen faktisch vor. Die Entscheidungsgründe eines Urteils des EGMR sind für staatliche Stellen der Bundsrepublik Deutschland grundsätzlich bindend, auch wenn die Bundesrepublik an dem konkreten Verfahren nicht beteiligt gewesen ist.[346]

Es ist im Rahmen der Untersuchung daher erforderlich, auch das Urteil des EGMR zu behandeln, um festzustellen, ob die Rechtsprechung des BGH mit den dort eingeführten Subsidiaritätsklauseln überhaupt noch Bestand haben kann, oder ob die Entscheidung des EGMR den Anwendungsbereich der „Hörfalle“ gegebenenfalls eingeschränkt hat. Dies hätte zur Folge, dass die durch die „Hörfallen-Entscheidung“ des Großen Senats in die Rechtsprechung eingeführte Subsidiaritätsklausel entweder gar keinen oder einen kleineren Anwendungsbereich hätte. Der vorliegende Abschnitt stellt zunächst die Entscheidung des EGMR und ihre Begründung vor (1.) und befasst sich sodann mit den verbleibenden offenen Fragen der Entscheidung, die sich auf die Reichweite des entschiedenen Sachverhalts beziehen und damit letztlich auf die Reichweite einer zulässigen „Hörfalle“ (2.).

1. Die Entscheidung

Dem Urteil „Allan gegen Großbritannien“ lag folgender Sachverhalt zu Grunde:[347]

Der britische Staatsangehörige Allan kam unter Mordverdacht in Untersuchungshaft. Am 08.03.1995 vernahm ihn die britische Polizei, wobei er sich nach Belehrung entschied, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Bei allen nachfolgenden Vernehmungen blieb er bei dieser Entscheidung. Am 23.03.1995 wurde der mehrfach vorbestrafte, in anderer Sache inhaftierte und für die Polizei regelmäßig als Informant arbeitende H. in das Gefängnis verlegt, in dem sich Allan in Untersuchungshaft befand, und zu ihm auf die Zelle gelegt. Die Polizei hatte

[345] BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); BGHSt 45, 321 (329); 46, 93 (97); 52, 11 (19 Rn. 28).
[346] *Gusy* JA 2009, 406 (409f.) mit näheren Ausführungen zu den Voraussetzungen für eine solche Bindung.
[347] Das Urteil ist in den relevanten Auszügen in StV 2003, 257 abgedruckt. Der nachfolgende Sachverhalt ist stark gekürzt und konzentriert sich auf das Problem des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“.

H. zuvor beauftragt, Allan über seine vermeintliche Verstrickung in den Mord auszuhorchen. Am 25.07.1995 sagte H. bei der Polizei in einer 59 Seiten umfassenden Zeugenaussage detailliert zu den Gesprächen mit Allan aus. Dabei gab er auch an, Allan habe ihm gegenüber zugegeben, am Tatort gewesen zu sein. Allan bestritt, dies zu H. gesagt zu haben. Er wurde später allein auf Grund der Aussage des H. rechtskräftig wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.

Der EGMR führte im Urteil aus, das Schweigerecht des Beschuldigten gehöre zum Kernbereich eines fairen Verfahrens nach Art. 6 I MRK.[348] Es schütze in erster Linie den Willen des Beschuldigten, der zu den Vorwürfen schweigen möchte, vor Zwang und Druck.[349] Anschließend stellte der EGMR fest:[350]

> *Wenn das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung auch in erster Linie dazu dienen, den Beschuldigten gegen unzulässigen Zwang der Behörden und der Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks oder des Zwangs unter Missachtung des Willens des Beschuldigten zu schützen, ist der Anwendungsbereich des Rechts nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste oder in denen der Wille des Beschuldigten in irgendeiner Weise direkt überwunden wurde. Das Recht (…) dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigen Person, zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will. Eine solche freie Entscheidung wird effektiv unterlaufen, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten und die so erlangten Geständnisse oder selbstbelastenden Äußerungen in den Prozess als Beweis einzuführen.*

Der EGMR erklärte weiter, ob die Selbstbelastungsfreiheit in dieser Weise verletzt worden sei, hänge von allen Umständen des Einzelfalles ab. In Anlehnung an zwei Entscheidungen des Supreme Court of Canada stellte der EGMR zwei Voraussetzungen für die Verletzung des Schweigerechts durch Täuschung auf:[351]

Erstens müsse der Informant als „Agent des Staates" gehandelt haben. Dies sei der Fall, wenn der Wortwechsel zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten nicht in gleicher Art und Weise erfolgt wäre, wenn die Behörden nicht eingegriffen hätten.

Zweitens müsse der Informant den Beschuldigten zu der selbstbelastenden Äußerung veranlasst haben. Ob die fraglichen Beweise als vom Informanten entlockt zu betrachten seien, hänge von der Art der Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten ab sowie davon, ob sich das Gespräch des Infor-

---

[348] StV 2003, 257 (259 Rn. 44) m.w.N.

[349] Vgl. StV 2003, 257 (259 Rn. 44 und 50).

[350] StV 2003, 257 (259 Rn. 50).

[351] Es handelt sich um die Entscheidungen *R. v. Hebert* [1990] 2. S.C.R. 151 und *R. v. Broyles* [1991] 3 S.C.R. 595. StV 2003, 257 (258) gibt die Entscheidungen kurz wieder. Ihr Volltext ist auf der Homepage des Supreme Court of Canada abrufbar.

manten mit dem Beschuldigten als ein „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" darstelle.[352] [353]

In den weiteren Ausführungen prüfte der EGMR, ob die beiden Voraussetzungen im Fall vorlagen: Dabei ist der EGMR ohne Probleme zu dem Schluss gekommen, der von der Polizei instruierte und auf Allan angesetzte H. sei ein „Agent des Staates" gewesen, ohne dies nochmals explizit auszuführen. Bei der zweiten Voraussetzung für die Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes stellte der EGMR fest, Allan habe sich nicht spontan und ohne Veranlassung geäußert. Vielmehr seien die Äußerungen durch das „beharrliche Fragen des H. hervorgerufen worden, der – auf Veranlassung der Polizei – die Gespräche in Diskussionen über den Mord unter Umständen gelenkt habe, die als funktionales Äquivalent einer Vernehmung zu betrachten seien."[354] Anschließend führte der EGMR aus:[355]

> *Auch wenn kein besonderes Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und H. bestand und kein Umstand auf einen direkten Zwang hindeutet, geht der Gerichtshof davon aus, dass der Beschwerdeführer einem solchen psychischen Druck ausgesetzt gewesen sein muss, der die Freiwilligkeit der Offenbarungen, die er gegenüber H. gemacht haben soll, eingeschränkt hat: Er wurde des Mordes beschuldigt, befand sich in Untersuchungshaft, stand unter direktem Druck der Polizei in den Vernehmungen hinsichtlich des Mordes und wird so für die Überzeugungsversuche des H., ihn ins Vertrauen zu ziehen, mit dem er eine Gefängniszelle über mehrere Wochen teilte, empfänglich gewesen sein. Unter diesen Umständen ist die durch den Einsatz des H. erlangte Information als unter Missachtung des Willens des Beschwerdeführers erlangt anzusehen …*

Der EGMR bejahte am Ende deswegen den Verstoß gegen Art. 6 I MRK.

2. Offene Fragen

Drei Fragen bleiben nach der Entscheidung des EGMR offen, die – wie eingangs dargestellt – Einfluss auf die Zulässigkeit der „Hörfalle" per se beziehungsweise

---

[352] Siehe StV 2003, 257 (259 Rn. 51). Unter die Voraussetzung „Agent des Staates" muss man wohl auch subsumieren, dass die Person einen Ermittlungsauftrag hat und ihn vor der Zielperson verheimlicht, also nicht offen auftritt.
[353] Die Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten spielte in der weiteren Urteilsbegründung keine Rolle. Der EGMR stellt nur fest, zwischen Allan und H. habe keine besondere Beziehung bestanden. Er erwähnte dieses Unterkriterium offensichtlich nur deswegen, weil in der Entscheidung des Supreme Court of Canada in der Sache *R. v. Broyles*, an die er sich anlehnt, es eine Rolle gespielt hat. Aus der Tatsache, dass dieses Unterkriterium im Fall „Allan gegen Großbritannien" irrelevant gewesen ist, ist zu schlussfolgern, dass die beiden Unterkriterien „besondere Beziehung zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten" sowie das Gespräch als „funktionales Äquivalent einer Vernehmung" nicht kumulativ erfüllt sein müssen, damit die selbstbelastenden Äußerungen als entlockt gelten. Es reicht aus, wenn ein Unterkriterium erfüllt ist (siehe auch *Gaede* StV 2003, 260 (261)).
[354] StV 2003, 257 (260 Rn. 52).
[355] StV 2003, 257 (259f. Rn. 52).

auf die Reichweite ihres Anwendungsbereichs und damit auf die durch die Rechtsprechung eingeführte Subsidiaritätsklausel haben.

a) Täuschung oder psychischer Druck?

Die erste und wichtigste Frage lautet: Welche Rolle spielt der (psychische) Druck neben der unoffen geführten Vernehmung?

Das Urteil des EGMR ist in diesem Punkt alles andere als stringent. Es enthält wie die „Hörfallen-Entscheidung" des Großen Strafsenats einen Bruch: Der EGMR definierte im Urteil zunächst unmissverständlich, der Schutz des aus Art. 6 I MRK abgeleiteten Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare" erfasse über die durch Zwang und Druck erlangten selbstbelastenden Angaben hinaus auch solche durch Täuschung erlangten, da auch durch Täuschung die Freiheit des Beschuldigten, über sein Schweigerecht zu entscheiden, beschnitten werde.[356] Er stellte bei der Subsumption andererseits entscheidend darauf ab, der Beschuldigte habe sich zwar nicht auf Grund eines offen angewandten Zwanges selbst belastet, jedoch auf Grund des staatlich geschaffenen psychischen Drucks, bei dem der EGMR auch ausdrücklich von einem *direkten*, aus den polizeilichen Vernehmungen stammenden Druck sprach. Mit dieser Begründung bedurfte es aber der angekündigten Ausdehnung des nemo-tenetur-Grundsatzes gar nicht. Bereits nach der herkömmlichen Rechtsauffassung des EGMR schützt die Selbstbelastungsfreiheit den Beschuldigten vor unzulässigem polizeilichem Druck.[357] [358]

Warum der EGMR neben der Täuschung den psychischen Druck ins Spiel gebracht hat, macht das Urteil nicht deutlich. Nach *Gaede* genüge dem EGMR das täuschungsbedingte Entlocken der Informationen offensichtlich nicht per se. Die selbstbelastende Äußerung müsse sich vielmehr wertend als Folge einer besonderen Einwirkung darstellen, worauf auch die beiden Unterkriterien der zweiten Voraussetzung „besondere Beziehung" und „funktionales Äquivalent einer Vernehmung" hindeuteten. Der EGMR fordere eine Situation, in der es wahrscheinlicher gewesen sei, der Beschuldigte werde sein Schweigen brechen.[359] Der Erklä-

[356] Vgl. den oben unter II 1 zitierten Auszug aus dem Urteil.

[357] *Esser* stellt fest: Dadurch, dass der EGMR einen während der offiziellen Vernehmung gegenüber dem Beschuldigten ausgeübten und während der anschließenden Ausforschung in der Zelle angeblich noch fortbestehenden *unmittelbaren* Zwang ins Spiel brachte, wurde der Grenzverlauf zwischen einer – in den „Ausforschungsfällen" gerade nicht bestehenden – offenen Zwangswirkung während der Vernehmung und der anschließenden verdeckten Ausforschung konturenlos (JR 2004, 98 (105)).

[358] Im Urteil des EGMR (Große Kammer) vom 10.03.2009 „Bykov gegen Russland" sprach das Gericht davon, dass im Fall „Allan gegen Großbritannien" die Selbstbelastungsfreiheit durch Zwang und Druck verletzt worden sei. Eine Täuschung erwähnte der EGMR dagegen nicht (vgl. NJW 2010, 213 (216 Rn. 101f.)). Gleichwohl stellte der EGMR an einer anderen Stelle desselben Urteils fest, die Selbstbelastungsfreiheit solle den Beschuldigten „insbesondere" und „vorrangig" vor Druck und Zwang schützen (NJW 2010, 213 (215 Rn. 92)). Auch der 5. Strafsenat des BGH sah im Urteil vom 18.05.2010, durch Anwendung von Zwang den *Kern*bereich der Selbstbelastungsfreiheit verletzt (StV 2010, 465 (466 Rn. 23)).

[359] *Gaede* StV 2003, 260 (261).

rungsversuch überzeugt nicht. Er ist bemüht, zu relativieren. Der EGMR sprach ausdrücklich vom psychischen Druck und bezog sich auf Umstände, die diese Wertung vollauf rechtfertigen. In dem zuerst zitierten Auszug aus dem Urteil unterschied der EGMR zwischen Zwang, Druck und Täuschung als den Methoden, die die Freiwilligkeit selbstbelastender Angaben beeinträchtigen können. Bei der Subsumption hat er aus einem nicht dargelegten Grund jedoch Täuschung und Druck vermengt.

Es bliebe noch die Möglichkeit, dass der EGMR die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit auf Täuschung und davon unabhängig auch auf Druck stützen wollte. Die Ausdehnung seiner Rechtsprechung zum nemo-tenetur-Prinzip wäre in diesem Fall zwar möglich, aber unnötig gewesen. Die Urteilsgründe sprechen an der entscheidenden Stelle jedenfalls deutlich dagegen, da der EGMR dort keine dahingehende Differenzierung vorgenommen hat.[360] *Renzikowski* hat kurz und zutreffend festgestellt: „Das Verständnis dieser Entscheidung wird jedoch dadurch erschwert, dass der EGMR bezogen auf den konkreten Einzelfall eine Fülle von verschiedenen Gesichtspunkten nennt, deren Verhältnis zueinander nicht weiter erläutert wird."[361]

Die eingangs gestellte Frage kann anhand der „Allan-Entscheidung" allein nicht beantwortet werden. Der EGMR muss in weiteren Urteilen widerspruchsfrei begründen, unter welchen Voraussetzungen genau der nemo-tenetur-Grundsatz seiner Ansicht nach durch Täuschung verletzt werde, insbesondere, ob zur Täuschung selbst noch zwingend irgendwelche Nebenbedingungen treten müssen. An sich ist das Kriterium für Täuschung allein die Irreführung, das Hervorrufen einer Fehlvorstellung. Elemente eines irgendwie gearteten Drucks sind nicht dazugehörende Fremdkörper.[362]

b) Beharrlichkeit der Befragung?

Die zweite Frage lautet: Muss bei einem „funktionalen Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" der Beschuldigte beharrlich befragt werden?

Der EGMR betonte bei der Voraussetzung „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" die beharrliche Befragung durch H. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, das „funktionale Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" müsse eine gewisse Dauer haben und vom Bemühen geprägt sein, den Beschuldigten umfassend zur Tat zu befragen. Dafür spricht in der Tat die Ver-

[360] Siehe die zweite zitierte Passage oben unter II 1 oder StV 2003, 257 (260 Rn. 52).
[361] JR 2008, 164 (165).
[362] Im Fall „Bykov gegen Russland", wo auf den sich auf freiem Fuß befindenden Beschuldigten ein mit einem versteckten Mikrofon ausgestatteter V-Mann angesetzt worden war, sprach der EGMR nur von fehlendem Zwang und Druck (NJW 2010, 213 (216 Rn. 102)). In seinem Sondervotum hielt Richter *Spielmann* das Vorgehen der Ermittlungsbehörde allerdings für eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit durch Täuschung (siehe Rn. 23ff. des Sondervotums). Dem Sondervotum schlossen sich vier weitere Richter an. Das Urteil „Bykov gegen Russland" ist in Volltext auf der Homepage des EGMR abrufbar.

wendung des Wortes „Vernehmung". Vernehmungen bestehen im Normalfall aus einer Vielzahl von Fragen, dauern entsprechend lang und haben den genannten Zweck. Dagegen sprechen jedoch zwei entscheidende Gesichtspunkte: Erstens sah der EGMR das „funktionale Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" als Gegensatz zu spontanen und nicht veranlassten Äußerungen des Beschuldigten.[363] Der Gegensatz zu solchen Äußerungen ist jedoch nicht eine lange, beharrliche Befragung, sondern jedwede *gezielte* Befragung, unabhängig von ihrer Dauer und Intensität. Zweitens ist nach dem EGMR das „funktionale Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" die zweite Voraussetzung für eine dem Staat zurechenbare, zur Selbstbelastung des Beschuldigten führende Täuschung. Das Kriterium für eine Täuschung ist jedoch nicht beharrliches Vorgehen, sondern allein die Irreführung. Eine beharrliche Irreführung ist für die Täuschung zwar hinreichend, aber nicht notwendig. Es ist daher davon auszugehen, dass der EGMR mit der beharrlichen Befragung nur den gerade so liegenden Sachverhalt wiedergegeben hat, ohne dadurch das „funktionale Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" kennzeichnen zu wollen.

Für diese Auslegung spricht auch die Entscheidung des Supreme Court of Canada im Fall *R. v. Broyles*, an die sich der EGMR angelehnt hat: Der Supreme Court fragte bei diesem Kriterium danach, ob der „Agent des Staates" aktiv versucht habe, Informationen zu gewinnen, so dass das Gespräch als Äquivalent einer Vernehmung charakterisiert werden könnte, oder ob er seinerseits das Gespräch so geführt habe, wie es jemand, den der Beschuldigte vor sich zu haben glaubte, normalerweise geführt hätte.[364] Bei der Anwendung des aufgestellten Kriteriums fragte der Supreme Court: Hat der eingesetzte „Agent des Staates" das Gespräch natürlich verlaufen lassen, oder hat er es auf die Gebiete gelenkt, auf denen – wie er gewusst hat – die Polizei noch Informationen benötigte?[365] Für den Supreme Court stand also nicht die *beharrliche* Befragung im Vordergrund, sondern die aktive Lenkung des Gesprächs auf die ermittlungsrelevanten Themen und eine dahingehende gezielte Befragung.

c) Muss das Schweigerecht ausgeübt sein?

Die dritte offene Frage lautet: Muss der Beschuldigte bereits von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht haben, damit der nemo-tenetur-Grundsatz durch die „Hörfalle" verletzt wird?

---

[363] StV 2003, 257 (260 Rn. 52).

[364] "Did the State agent actively seek out information such that the exchange could be characterized as akin to an interrogation, or did he or she conduct his or her part of the conversation as someone in the role the accused believed the informer to be playing would ordinarily have done?" (V. "Analysis" A (2) (b) der Urteilsgründe.)

[365] "… did Ritter allow the conversation to flow naturally, or did he direct the conversation to those areas where he knew the police needed information?" (V. "Analysis" A (2) (c) der Urteilsgründe.) Anmerkung: "Ritter" hieß der Agent.

Laut *Gaede* habe der EGMR keine Voraussetzung für die Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes dahingehend aufgestellt, dass der Beschuldigte von seinem Schweigerecht bereits Gebrauch gemacht haben müsse. Der EGMR habe die Rechte der MRK so auszulegen, dass sie materiell auch tatsächlich verwirklicht werden. Dem stünde es entgegen, wenn die Strafverfolgungsbehörde die Selbstbelastungsfreiheit wirkungslos werden lassen könnte, indem sie die Vernehmung hinauszögerte.[366] Nach *Renzikowski* könne man sich darüber streiten, ob die Ausübung des Schweigerechts bei einem beabsichtigten Schutz vor Täuschung ein Kriterium sein soll.[367] *Esser* stellt hingegen darauf ab, der EGMR habe mehrfach betont, der in den Vernehmungen geäußerte Wille des Beschuldigten zu schweigen, werde durch solche Ermittlungsmaßnahmen umgangen. Voraussetzung für eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes sei deswegen laut dem EGMR, dass der Beschuldigte bereits erklärt habe, schweigen zu wollen.[368] [369]

Eine Unterscheidung zwischen ausgeübtem und nicht ausgeübtem Schweigerecht ist allerdings schwer begründbar: Was ändert sich für den nemo-tenetur-Grundsatz durch die Kundgabe des Beschuldigten, er wolle zum Tatvorwurf schweigen? Die Kundgabe ist für das Schweigerecht nicht konstitutiv, das Schweigerecht besteht bereits vorher. Durch die Kundgabe teilt der Beschuldigte lediglich der Ermittlungsbehörde mit, er wolle von dem bereits bestehenden und in seinem Inhalt und seiner Reichweite feststehenden Recht Gebrauch machen. Das Schweigrecht ist kein – zivilrechtlich gesprochen – Gestaltungsrecht, das durch seine Geltendmachung entsteht oder stärker wird. Auch angesichts des Zwecks des nemo-tenetur-Prinzips ist die Unterscheidung zwischen ausgeübtem und nicht ausgeübtem Schweigerecht nicht stichhaltig: Hat der Beschuldigte sich vorgenommen, bei der erst anstehenden polizeilichen Vernehmung zu schweigen, kann die ihm diesbezüglich freistehende Entscheidung durch eine vorhergehende „Hörfalle“ in gleicher Weise wie nach Ausübung des Schweigerechts genommenen werden. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, dass der aus Art. 6 I MRK abgeleitete nemo-tenetur-Grundsatz auch das noch nicht ausgeübte Schweigerecht schützt.[370] [371]

---

[366] *Gaede* StV 2003, 260 (260), ähnlich *Renzikowski* JR 2008, 164 (165).
[367] JR 2008, 164 (165).
[368] Siehe *Esser* JR 2004, 98 (106). *Esser* hält die Differenzierung des EGMR zwischen ausgeübtem und nicht ausgeübtem Schweigerecht allerdings für nicht stichhaltig (JR 2004, 98 (106)).
[369] Für *Essers* Auslegung spricht das spätere Urteil des EGMR „Bykov gegen Russland“, in dem das Gericht sich auf zwei seiner Urteile (darunter „Allan“) bezieht und dabei das ausgeübte Schweigerecht ausdrücklich erwähnt (siehe NJW 2010, 213 (216 Rn. 100f.)).
[370] A.A. BGHSt 52, 11 (19 Rn. 27), *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 136a Rn. 4a, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 110c Rn. 21. Laut den Ausführungen des 3. Strafsenats an der eben zitierten Stelle verdichte sich der “allgemeine Schutz” des nemo-tenetur-Grundsatzes nach Ausübung des Schweigerechts in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörde diese Entscheidung des Beschuldigten zu respektieren habe. Damit sei es nicht vereinbar, den Beschuldigten in gezielten, vernehmungsähnlichen Befragungen, die auf die Initiative der Ermittlungs-behörde ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, etwa durch Verdeckte Ermittler, selbstbelastende Angaben zu

Zusammenfassend lässt sich zu den drei offenen Fragen feststellen: Aus der „Allan-Entscheidung" ist nicht eindeutig ersichtlich, ob nach Auffassung des EGMR allein die Täuschung über den polizeilichen Ausforschungsauftrag der befragenden Privatperson und die anschließende Ausforschung das Schweigerecht des Beschuldigten verletzt und die „Hörfalle" schon deswegen gänzlich unzulässig ist. Diese entscheidende Frage bleibt offen. Sofern schon die bloße Täuschung das Schweigerecht verletzt, muss nach der hier vertretenen Auffassung die Privatperson den Beschuldigten bei einer „Hörfalle" nicht beharrlich befragen, um ihn zu täuschen, sondern lediglich gezielt. Der Beschuldigte muss sein Schweigerecht auch nicht bereits ausgeübt haben. Das Schicksal der „Hörfallen-Entscheidung" des Großen Senats und der dort eingeführten Subsidiaritätsklausel ist nach der „Allan-Entscheidung" des EGMR also noch nicht besiegelt.

III. BGH: Reaktion auf „Allan gegen Großbritannien" – BGHSt 52, 11

Nachdem der EGMR die „Hörfallen-Entscheidung" des Großen Senats für Strafsachen zumindest ins Wanken gebracht hat, ist nachfolgend zu untersuchen, wie der BGH auf das Urteil des EGMR reagiert hat. Das ist notwendig, um festzustellen, ob der BGH seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der „Hörfalle" geändert hat, was einen unmittelbaren Einfluss auf die dort etablierte Subsidiaritätsklausel hätte.

Im Urteil vom 26.07.2007 hatte der 3. Strafsenat des BGH die Gelegenheit, sich mit der Entscheidung des EGMR „Allan gegen Großbritannien" auseinanderzusetzen.[372] Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der spätere Angeklagte A. befand sich in anderer Sache in Strafhaft, als die Staatsanwaltschaft gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen Mordverdachts einleitete. In der Beschuldigtenvernehmung bestritt er die Tat und machte ansonsten von seinem Schweigerecht Gebrauch. Nach zunächst erfolglosen Ermittlungen setzte die Ermittlungsbehörde in der Zeit vom 28.10.2003 bis 07.01.2005 auf A. einen Verdeckten Ermittler an. Der Verdeckte Ermittler besuchte A. dreizehn Mal in der JVA und begleitete ihn auf jeweils zwei arrangierten Ausgängen und

---

entlocken. Dazu ist zu sagen: Die Respektierung eines Rechts ist nicht mit dem Recht selbst gleichzusetzen. Das hat der 3. Senat offensichtlich auch so gesehen und deswegen auf den etwas nebulösen, sich verdichtenden „allgemeinen Schutz" des nemo-tenetur-Grundsatzes abgestellt. Dabei verschwimmen jedoch die Grenzen zwischen dem Inhalt und der Reichweite des Rechts einerseits und der Möglichkeit, das Recht auszuüben und nicht mehr befragt zu werden, andererseits. Selbst wenn man das ausgeübte Schweigerecht als die stärkere Rechtsposition ansähe, bliebe zu fragen, ob das nicht ausgeübte Schweigerecht um so viel schwächer sei, dass es mit den hier in Frage stehenden Methoden ohne Weiteres überwunden werden dürfe. Das erscheint äußerst zweifelhaft.

[371] Wie hier Richter *Spielmann* in seinem Sondervotum zum Urteil des EGMR „Bykov gegen Russland" vom 10.03.2009 und die vier sich ihm anschließenden Richter (vgl. Rn 31 – 33 des Sondervotums). Das Urteil ist auf der Homepage des EGMR in Volltext abrufbar.

[372] BGHSt 52, 11.

Hafturlauben. Der Verdeckte Ermittler war die einzige Kontaktperson des A. außerhalb der JVA, die er auch für Vollzugslockerungen brauchte. Während eines erneuten Hafturlaubs sprach der Verdeckte Ermittler am 06.01.2005 A. direkt auf den Tatvorwurf an. Er bedrängte A. in einer teilweise erregt geführten Diskussion unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis, die Wahrheit zu sagen. A. wollte sich im Hinblick auf die Haftzeit und die geplanten gemeinsamen Geschäfte nach der Strafhaft das Vertrauen des Verdeckten Ermittlers erhalten und gestand die Tat.

Der 3. Senat stellte fest, das Vorgehen der Ermittlungsbehörde habe gegen den nemo-tenetur-Grundsatz verstoßen.[373] Er führte weiter aus, die bisherige Rechtsprechung des BGH zum nemo-tenetur-Grundsatz sei von der Entscheidung des EGMR „Allan gegen Großbritannien" abweichend gewesen: Der BGH habe bislang die Selbstbelastungsfreiheit ausschließlich als Schutz vor Zwang angesehen, der EGMR als prinzipielle Freiheit eines Verdächtigen zu entscheiden, ob er bei der Polizei aussagen oder schweigen wolle.[374] Der 3. Senat stellte danach in Aussicht:[375]

> *Diese Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der – anscheinend restriktiveren – Bestimmung der Reichweite des nemo-Tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich insbesondere für die Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden.*

Für den zu entscheidenden Fall führte der 3. Senat anschließend aus, die eventuell weiter reichende Rechtsprechung des EGMR könne dahingestellt bleiben.[376] Der Sachverhalt sei dadurch geprägt, dass der Verdeckte Ermittler trotz des ausgeübten Schweigerechts unter Ausnutzung seiner Vertrauensstellung von A. eine Aussage entlocken wollte.[377] Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit sei es nicht vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen habe, in gezielten, vernehmungsähnlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörde ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken.[378] Nur eine solche Auslegung entspreche der Rechtsprechung des EGMR in der Sache „Allan gegen Großbritannien".[379] In der Folge subsumierte der 3. Senat das Vorgehen der Ermittlungsbehörde unter die genannten Grundsätze zur Selbstbelastungsfreiheit

[373] BGHSt 52, 11 (16 Rn. 19).
[374] BGHSt 52, 11 (17 Rn. 22f.).
[375] BGHSt 52, 11 (18 Rn. 24).
[376] BGHSt 52, 11 (18 Rn. 25).
[377] BGHSt 52, 11 (18 Rn. 26).
[378] BGHSt 52, 11 (19 Rn. 27).
[379] BGHSt 52, 11 (19 Rn. 28f.).

und kam zu dem Schluss, dass sie verletzt worden sei.[380] Hierbei rekurrierte er auch auf die vom EGMR aufgestellte Voraussetzung „funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung";[381] bereits an früherer Stelle sprach er vom Verdeckten Ermittler als „Agenten des Staates".[382] Zum Schluss stellte der 3. Senat wegen der unzulässigen Beweisgewinnung durch den Verdeckten Ermittler auch ein Verwertungsverbot fest.[383]

Das Urteil des 3. Senats klingt an der oben zitierten Stelle wie der Abgesang der „Hörfallen-Entscheidung" des Großen Senats in der dort entschiedenen Konstellation und damit zwangsläufig der dort in die Rechtsprechung eingeführten Subsidiaritätsklausel.[384] Der 3. Senat hat es jedoch *noch* offenlassen können, ob allein die Täuschung der befragenden (Privat-) Person über ihren polizeilichen Auftrag das nemo-tenetur-Prinzip verletzt. Im Fall war die befragende Person ein Verdeckter Ermittler. Nach Ansicht des Senats sei die mit der Befragung des Beschuldigten durch den Verdeckten Ermittler einhergehende Täuschung durch die gesetzlichen Vorschriften über den Einsatz des Verdeckten Ermittlers gedeckt.[385] Der 3. Senat hat sich vielmehr – wie der EGMR auch – stark auf die Begleitumstände der Täuschung abgestellt, die in Richtung von Zwang gehen, der auch nach der traditionellen Sichtweise den nemo-tenetur-Grundsatz verletzt: die beharrliche und intensive Befragung des Beschuldigten, die Belastungen der Haftsituation, der drohende Abbruch der einzigen Beziehung zu einer Person außerhalb des Gefängnisses.[386]

Da der 3. Senat sich in der beschriebenen Weise nicht festlegen musste, steht sein Urteil der Durchführung weiterer „Hörfallen" in der vom Großen Senat entschiedenen Konstellation und damit der Anwendung der Subsidiaritätsklausel zwar nicht entgegen. Allerdings ist auf Grund der Entscheidung des EGMR „Allan gegen Großbritannien", der Sondervoten in seinem Urteil „Bykov gegen Russland", bedeutender Stimmen im deutschen Schrifttum und ganz offensichtlich verschiedener Auffassungen innerhalb des BGH eins spürbar: Mittelfristig wird auch der BGH die Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit auf die Fälle ausdehnen (müssen), in denen die Täuschung des Beschuldigten durch eine Privatperson über ihren polizeilichen Ausforschungsauftrag den nemo-tenetur-Grundsatz verletzt, weil diese Person nicht lediglich passiv Informationen aufnimmt, die der Beschuldigte von sich aus preisgibt, sondern aktiv versucht, von ihm selbstbelastende

[380] BGHSt 52, 11 (21 Rn. 32 - 35).
[381] BGHSt 52, 11 (22 Rn. 34).
[382] BGHSt 52, 11 (20 Rn. 29).
[383] BGHSt 52, 11 (23 Rn. 36).
[384] Vorsitzender Richter am BGH *Gerhard Schäfer* formulierte es in LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 111a, bereits früher so: „Jedenfalls ist der Entscheidung des Großen Senats durch die zutreffende Entscheidung des EGMR der Boden entzogen."
[385] BGHSt 52, 11 (22 Rn. 34).
[386] BGHSt 52, 11 (22 Rn. 34f.).

Informationen zu erlangen, insbesondere gezielt tatrelevante Fragen stellt.[387] Damit ist mittelfristig auch das Ende der durch den BGH eingeführten Subsidiaritätsklausel absehbar.

[387] Instruktiv *Gaede*, der diese Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR erwartet (JR 2009, 493 (498)).

5. Kapitel: Subsidiaritätsklauseln und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

A. Überblick

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit dem Verhältnis der Subsidiaritätsklauseln zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es geht dabei hauptsächlich der Frage nach, ob die Subsidiaritätsklauseln eine Ausprägung dieses Grundsatzes sind. Es vertieft das Verständnis von den Subsidiaritätsklauseln und zeigt die Bedeutung auf, die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neben ihnen hat.

B. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

I. Allgemeines

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne ist ein verfassungsrechtlicher Maßstab für das gesamte staatliche Handeln, also für die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt.[388] [389] Die Eingriffsermächtigungen der Strafprozessordnung und die darauf beruhenden strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen unterstehen somit diesem Grundsatz. Zweck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist es, die Macht des Staates zu begrenzen und die Freiheit des Einzelnen zu sichern.[390] Unverhältnismäßiges staatliches Handeln ist rechtswidrig.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird aus unterschiedlichen Quellen hergeleitet: Teils wird er im Rechtsstaatsprinzip verankert, teils im Wesen der Grundrechte selbst, vereinzelt auch im Gleichheitssatz. Teilweise wird er als ein allgemeiner Grundsatz angesehen.[391] Das BVerfG leitet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Wesen der Grundrechte ab: Die Grundrechte seien Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat und dürfen von der öffentlichen Gewalt nur soweit beschränkt werden, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.[392] Die verschiedenen Meinungen stimmen darin überein, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Verfassungsrang hat.[393]

II. Merkmale der Verhältnismäßigkeit

Staatliches Handeln ist verhältnismäßig, wenn es vier Voraussetzungen erfüllt: Es muss erstens einen legitimen Zweck verfolgen, zweitens geeignet, drittens erforderlich und viertens verhältnismäßig im engeren Sinne sein.[394]

1. Legitimität

Staatliches Handeln ist dann legitim, wenn es sich keiner verfassungswidrigen Maßnahmen bedient und auch keine verfassungswidrigen Ziele verfolgt.[395] [396]

---

[388] Vgl. *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 I 1 (S. 762), *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 145, *Rieß* NStZ 1991, 513 (515), *Gentz* NJW 1968, 1600 (1605).

[389] Zur Entstehungsgeschichte siehe *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 I 2 (S. 765ff.), *Robbers*, in BK (142. Lfg. Oktober 2009) Art. 20 I Rn. 1889ff. und *Schlink*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 445 - 447.

[390] *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 I 1 (S. 762).

[391] Siehe zu den einzelnen Meinungen *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 145 m.w.N.

[392] Siehe BVerfGE 19, 348f.. Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 I 4 b) (S. 770 f.).

[393] *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 145.

[394] *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 146 – 149, *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu[11] (2008), Art. 20 Rn. 73 f.

[395] Siehe *Gentz* NJW 1968, 1600 (1602), *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 II 2 a) (S. 777) m.w.N., *Robbers*, in: BK (142 Lfg. Oktober 2009), Art. 20 I Rn. 1914.

Dem Staat ist es erlaubt, alle Mittel einzusetzen und alle Zwecke zu verfolgen, die das Grundgesetz nicht ausdrücklich oder stillschweigend verbietet.[397]

2. Geeignetheit

Eine staatliche Maßnahme ist geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg näher rückt. Sie ist ungeeignet, wenn sie die Erreichung des beabsichtigten Ziels erschwert oder im Hinblick auf das Ziel keine Wirkung entfaltet.[398] Es genügt also, wenn die Maßnahme nur teilweise den gewünschten Erfolg herbeiführen kann. Insofern sieht das BVerfG in seiner Rechtsprechung eine Maßnahme bereits dann als geeignet an, wenn sie den gewünschten Erfolg fördern kann.[399] Auf den Grad, in dem die Maßnahmen die Zielerreichung fördern, kommt es nicht an. Auch wenn verschiedene Maßnahmen die Zielerreichung unterschiedlich stark fördern, gelten sie alle als geeignet im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[400] Der Staat darf sich auch für die Maßnahme entscheiden, die die Zielerreichung nur zum Teil fördert, sofern er berechtigt ist, auch einen minderen Erfolg anzustreben, also keinen Handlungsauftrag hat, ein bestimmtes Ziel vollständig zu erreichen.[401] An der Geeignetheit scheitern Maßnahmen lediglich dann, wenn sie der Zweckerreichung eindeutig undienlich sind,[402] oder wie es das BVerfG formuliert: objektiv ungeeignet oder schlechthin ungeeignet.[403] Das ist auch das Ziel der Geeignetheitsprüfung: von allen dem Staat zur Verfügung stehenden Mitteln die untauglichen auszuschließen.[404] Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit von Gesetzen einen großzügigen Einschätzungsspielraum zu. Stellt der Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit eines Gesetzes allerdings eine Fehlprognose, ist er später zur Korrektur verpflichtet.[405]

---

[396] Die Legitimität des Handelns wird in den verschiedenen Kommentierungen teilweise als eigener *Prüfungspunkt* verstanden (siehe *Gentz*, *Stern* und *Robbers* in obiger Fn.), teilweise als Teil der nachfolgenden Geeignetheitsprüfung. (*Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 146 sowie *Michael* JuS 2000, 148 (149)).

[397] *Gentz* NJW 1968, 1600 (1602).

[398] *Gentz* NJW 1968, 1600 (1603), *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 II 2 (S. 776).

[399] BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); 39, 210 (230); 40, 196 (222); 63, 88 (115); 67, 157 (173); 70, 278 (286); 77, 84 (108); 78, 38 (50); 81, 156 (192).

[400] Vgl. *Jakobs*, S. 61.

[401] Vgl. *Jakobs*, S. 62.

[402] *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 II 2 c) (S. 778), *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 147.

[403] BVerfGE 81, 156 (192) m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

[404] *Jakobs*, S. 61.

[405] Siehe Stern, Staatsrecht III/2, § 84 II 2 b) (S. 778) m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG in Fn. 98 und 99.

3. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit baut auf der Geeignetheit auf. Sie bedeutet im Sinne eines Interventionsminimums, dass der Staat aus den Mitteln, die gleich wirksam wie die zu prüfende Maßnahme sind, das heißt die Zielerreichung in gleichem Maße fördern, das den Betroffenen am wenigsten belastende wählen muss.[406] Diese alternativen Maßnahmen sind vom Rechtsanwender zu suchen. Er hat auf hypothetische Alternativen zu der geplanten oder bereits getroffenen Maßnahme abzustellen.[407] Die Erforderlichkeit vergleicht nur gleichwirksame Mittel miteinander.[408] In ihrem Rahmen geht es nicht darum, ob bei einer nur unwesentlich geringeren Zielerreichung ein entschieden milderer Eingriff durchgeführt werden müsste, oder umgekehrt, ob bei einer wesentlich höheren Zielerreichung nur ein unwesentlich schwererer Eingriff durchzuführen wäre.[409] Eine solche Relation zu prüfen ist nicht Aufgabe der Erforderlichkeit im Sinne des Gebots des mildesten Mittels, sondern eine typische Frage der gleich darzustellenden Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[410] Ist ein Mittel weniger wirksam als das zu prüfende, ist es im Rahmen der Erforderlichkeit von vornherein nicht zu berücksichtigen.[411]

Damit ein Mittel nicht erforderlich ist, muss sich allerdings nach der Rechtsprechung des BVerfG eindeutig feststellen lassen, dass es ein milderes gibt.[412] Dies läuft im Wesentlichen auf eine Evidenzkontrolle der Erforderlichkeit hinaus.[413] Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist bei Gesetzen das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel dann erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.[414] Auch bei der Bewertung der Erforderlichkeit gesetzlicher Maßnahmen hat der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG einen weiten Beurteilungsspielraum.[415]

4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (auch Proportionalität, Angemessenheit, Zumutbarkeit und Güterabwägung genannt)[416] ist ganz abstrakt gesprochen

---

[406] Vgl. *Robbers*, in: BK (142. Lfg. Oktober 2009), Art. 20 I Rn. 1918, *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 113, *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 148, st. Rspr. BVerfGE 25, 1 (18); 30, 292 (316); 33, 171 (187); 40, 371 (383).
[407] Vgl. *Michael* JuS 2000, 148 (149).
[408] *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 II 3 a) (S. 780), *Jakobs*, S. 66f.
[409] *Jakobs*, S. 67, *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 116.
[410] *Gentz* NJW 1968, 1600 (1604), *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 116, *Jakobs*, S. 67, a.A. *Sachs*, in: Sachs[4] (2007) Art. 20 Rn 153.
[411] *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 116.
[412] BVerfGE 39, 210 (231).
[413] *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 II 3 b) (S. 782).
[414] BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 70, 1 (26); 70, 278 (286); 78, 38 (50); 78, 232 (245).
[415] Siehe BVerfGE 77, 84 (106); 81, 156 (193) und 90, 145 (172) jeweils mit weiteren Nachweisen.
[416] *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 149.

die Abwägung zwischen zwei variablen Größen anhand eines vorgegebenen konstanten Maßstabs.[417] Die abzuwägenden Größen werden häufig als Mittel und Zweck bezeichnet.[418] Daneben gibt es für sie mehrere andere Bezeichnungen beziehungsweise Umschreibungen. Ganz allgemein gesprochen geht es immer darum, die Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung gegen die Bedeutung des mit der Maßnahme verfolgen öffentlichen Belanges abzuwägen,[419] oder noch allgemeiner: den Nutzen der Maßnahme gegen die durch sie herbeigeführten Beeinträchtigungen abzuwägen.[420] Bei der Frage, ob einzelne strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen verhältnismäßig im engeren Sinne sind, stehen auf der einen Seite die Schwere von Tatvorwurf und Verdacht, voraussichtlicher Erkenntnis- und Sicherungswert gegen die konkreten Schäden und Gefährdungen auf der anderen Seite zur Abwägung an.[421]

Der Maßstab, nach dem abzuwägen ist, wird vielfach beschrieben; die Beschreibungen wiederholen allerdings meistens nur das Wort „verhältnismäßig" oder geben seine Synonyme wieder.[422] Das BVerfG stellt in ständiger Rechtsprechung darauf ab, ob die Abwägung ergebe, dass die Maßnahme dem Betroffenen noch zumutbar sei.[423] Die Abwägung selbst ist stets einzelfallbezogen. Sie ist nicht quantifizierbar. Für sie existieren kein absolutes Richtmaß, sondern allenfalls Leitlinien und Grundsätze.[424] [425]

---

[417] *Jakobs*, S. 13.
[418] *Jakobs*, S. 13f. mit mehren Beispielen. Das bestätigt auch ein Blick in die gängige Kommentarliteratur, siehe z.B. Robbers, in: BK (142. Lfg. Oktober 2009), Art. 20 I Rn. 1919, *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 117, *Sachs*, in: Sachs[4] (2007), Art. 20 Rn. 154.
[419] *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Vorb. Rn. 149.
[420] *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 117.
[421] Siehe *Kühne*, Strafprozessrecht[8] (2010), Rn. 406 und *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens[7] (2007), Rn. 281.
[422] *Jakobs*, S. 14.
[423] BVerfGE 30, 292 (316); 68, 193 (219f.); 81, 70 (93); 92, 262 (274); 101, 331 (350).
[424] Siehe *Stern*, Staatsrecht III/2, § 84 IV 4 (S. 818f.) und § 84 IV 6 (S. 827ff.). Krit. dazu auch *Schlink*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 453f. sowie *Grzeczick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 118.
[425] Das ist der Hauptkritikpunkt an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne: Sie bedeute im konkreten Einzelfall für den Richter Misstrauen gegenüber dem staatlichen Gesetz, sei ein Einfallstor für seine subjektiven Wertungen, führe zur Unsicherheit und mangelnder Vorausberechenbarkeit der Gesetzesanwendung (so bereits *Eberhardt Schmidt* JZ 1968, 354 (361) und ZStW 1968, 567 (573)). Bei der Überprüfung von Gesetzen kritisiert *Schlink*, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an sich politische Abwägungen und Überlegungen als rechtliche Probleme rekonstruiert und überprüft werden. Das erlaube dem BVerfG eine umfassende, bis ins Politische gehende Kontrolle (FS 50 Jahre BVerfG, S. 464f.).

C. Verhältnis Subsidiaritätsklauseln zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

I. Subsidiaritätsklauseln als Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit?

In der Literatur werden Subsidiaritätsklauseln entweder ganz allgemein als Ausprägung beziehungsweise Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bezeichnet,[426] oder als Ausprägung seines Merkmals der „Erforderlichkeit“ als dem „Grundsatz des mildesten Mittels“.[427] Die Aussagen gilt es nachfolgend zu untersuchen.

1. Ausgestaltung der Legitimität?

Wenn staatliches Handeln dann legitim ist, wenn es sich keiner verfassungswidrigen Maßnahmen bedient und auch keine verfassungswidrigen Ziele verfolgt, dann müssen vor allem die die Exekutive und die Judikative ermächtigenden Gesetze als Konkretisierungen der verfassungsmäßigen Ziele und Mittel angesehen werden.[428] Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage von Eingriffsermächtigungen mit Subsidiaritätsklauseln sind also zumindest eine Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in seinem Merkmal der Legitimität, da sie mit der Strafrechtspflege einem legitimen öffentlichen Belang dienen.[429]

2. Ausgestaltung der Geeignetheit?

Einige der Bedingungen der Vorrangigkeit[430] im System von Subsidiaritätsklauseln könnten zu dem Gedanken verleiten, die Klauseln konkretisierten die Geeignetheit: Verlangen Subsidiaritätsklauseln, alternative Maßnahmen müssten „erheblich weniger erfolgversprechend“ oder die Ermittlungen bei ihrer Durchführung „wesentlich erschwert“ sein, heißt das im Umkehrschluss: Bei Anordnung der subsidiären Maßnahme müssten die Ermittlungen „erheblich erfolgversprechender“ oder „wesentlich leichter“ sein. Darin könnte eine Konkretisierung der Geeignetheit zu sehen sein: Bei subsidiären Maßnahmen soll nicht jede Förderung des

---

[426] *Bernsmann*/Jansen, StV 1998, 217 (220), *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 19, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 98a Rn. 7, *Störmer* StV 1995, 653 (658), *ders.* ZStW 1996, 494 (520).
[427] *Welp*, Überwachung des Post- und Fernmeldverkehrs, S. 67, *Rieß*, GS Meyer, S. 371f. mit Fn. 15, *Schroeder* GA 2005, 73 (74), *Kühne*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), Einl. Abschnitt I Rn. 100, *Zöller* StraFo 2008, 15 (20).
[428] Vgl. *Gentz* NJW 1968, 1600 (1605).
[429] Allerdings wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinem sehr weiten Merkmal der Legitimität zwangsläufig millionenfach ausgestaltet. Für das hier zu untersuchende Verhältnis zwischen den Subsidiaritätsklauseln und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die festgestellte Ausgestaltung ohne tiefere Bedeutung.
[430] Zu dem hier verwendeten Begriff „Bedingung der Vorrangigkeit“ siehe 2. Kapitel B II 3 a).

gewünschten Erfolges genügen, sondern nur die Förderung des Erfolges in einem festgelegten Mindestmaß.

Der Gedankengang hat allerdings einen grundsätzlichen Fehler: Die Geeignetheit schaut *ausschließlich* auf die jeweilige Einzelmaßnahme und fragt, ob die Maßnahme den Erfolg fördere. Andere Maßnahmen interessieren die Geeignetheit bei dieser Frage nicht. Die Subsidiaritätsklauseln vergleichen dagegen die jeweilige subsidiäre Maßnahme mit alternativen Maßnahmen und fragen, ob die subsidiäre Maßnahme *gegenüber diesen* den Erfolg in dem genannten Mindestmaß fördern würde. Das ist der grundlegende Unterschied: Die genannten Mindestmaße der Erfolgsförderung „erheblich erfolgversprechender" und „wesentlich leichter" entstammen einem Vergleich zwischen verschiedenen Maßnahmen. Sie können daher von vornherein keine Konkretisierung der Geeignetheit sein.

3. Ausgestaltung der Erforderlichkeit?

Die Erforderlichkeit hat dagegen auf den ersten Blick mehr mit Subsidiaritätsklauseln gemeinsam: Sowohl die Erforderlichkeit als auch die Subsidiaritätsklauseln wollen das mildere Mittel anwenden. Die Erforderlichkeit vergleicht als einziges Merkmal der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne die zu prüfende Maßnahme mit alternativen Maßnahmen.[431] Diesen Vergleich stellen auch die Subsidiaritätsklauseln an.

Dennoch gibt es zwischen der Erforderlichkeit und den Subsidiaritätsklauseln einen grundlegenden Unterschied: Der unverrückbare Ausgangspunkt der Erforderlichkeitsprüfung ist die Tatsache, dass die zu vergleichenden Maßnahmen gleich wirksam sind. Diesen Ausgangspunkt haben Subsidiaritätsklauseln gerade nicht. Sie vergleichen die subsidiäre Maßnahme mit alternativen Maßnahmen und fragen, ob bei Anwendung der alternativen Maßnahmen allein die Ermittlungen in einem bestimmten Maße *weniger* wirksam wären. Das ist keine Ausgestaltung der Erforderlichkeit, sondern ein ganz anderer Ansatz, der im Gegensatz zur Erforderlichkeit unterschiedlich wirksame Maßnahmen vergleicht.

Es wird häufig formuliert: Das Gebot der Erforderlichkeit ist nicht verletzt, wenn ein milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks weniger geeignet ist.[432] Umgekehrt wird auch formuliert, die Entscheidung für ein wirksameres Mittel verletze die Erforderlichkeit nicht.[433] Das ist richtig, aber gleichzeitig irreführend, als der Eindruck erweckt wird, die Erforderlichkeit vergleiche auch unterschiedlich wirksame Maßnahmen. Die Erforderlichkeit wird in den genannten beiden Fällen zwar nicht verletzt, aber allein aus dem Grund, weil wirksamere oder weniger wirksame Maßnahmen von vornherein nicht Gegenstand der Erforderlichkeitsprüfung

---

[431] *Michael* JuS 2000, 148 (149).
[432] *Robbers*, in: BK (142. Lfg. Oktober 2009), Art. 20 I Rn. 1918.
[433] Vgl. BVerfGE 39, 157 (165).

sind.[434] Insofern können die Subsidiaritätsklauseln mit ihrem Vergleich, ob die alternativen Maßnahmen in einem bestimmten Verhältnis weniger wirksam wären, die Erforderlichkeit gar nicht konkretisieren.

4. Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne?

Zuletzt ist zu fragen, ob die Subsidiaritätsklauseln die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) ausgestalten.

Wie die Untersuchung bereits herausgestellt hat, ist nach der typisierenden gesetzgeberischen Wertung die subsidiäre Maßnahme für ihren Adressaten grundsätzlich gegenüber anderen Maßnahmen belastender.[435] Insofern könnte man denken: Subsidiaritätsklauseln gestalten die Angemessenheit dahingehend aus, dass sie eine einfachgesetzliche Vermutung gegen die Angemessenheit der subsidiären Maßnahme begründen. Der Gesetzgeber hätte in diesem Fall die im Rahmen der Angemessenheit vorzunehmende Abwägungsentscheidung vorab gegen die subsidiäre Maßnahme getroffen.

Bei weiterer Betrachtung erweist sich die Überlegung allerdings als nicht stimmig. Der Grund dafür ist der gleiche wie bei den obigen Ausführungen zur Ausgestaltung der Geeignetheit. Es bestehen grundlegende Unterschiede zwischen der Funktionsweise der Subsidiaritätsklauseln und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne: Die vom Gesetzgeber in Subsidiaritätsklauseln aufgestellte Vermutung für die nachrangige Anwendung der subsidiären Maßnahme stellt auf eine bestimmte Relation der subsidiären Maßnahme zu anderen (subsidiären) Maßnahmen bezüglich den von ihnen ausgehenden Belastungen ab. Die Angemessenheit als Merkmal der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne berücksichtigt dagegen die Relation der zu prüfenden Ermittlungsmaßnahme zu anderen Maßnahmen nicht. Die Angemessenheit wägt ausschließlich den Nutzen einer Maßnahme gegen die von derselben Maßnahme ausgehenden Beeinträchtigungen ab und bezieht den Nutzen und die Belastungen anderer Maßnahmen in die Abwägung nicht mit ein. Es gibt also keine Angemessenheit beziehungsweise Unangemessenheit einer Maßnahme in Relation zu anderen Maßnahmen. Auch die Art und Weise, wie die Vermutung der Nachrangigkeit unter den Bedingungen der Vorrangigkeit überwunden werden kann, zeigt, dass Subsidiaritätsklauseln im Gegensatz zur Angemessenheit andere Maßnahmen berücksichtigen: Die Bedingungen der Vorrangigkeit wie „wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters *auf andere Weise* erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre" nehmen Bezug auf andere Maßnahmen. Die Subsidiaritätsklauseln können schon wegen dieses grundlegenden, auf zwei verschiedene

---

[434] Richtig der bereits zitierte *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (48. Lfg. November 2006), Art 20 VII Rn. 116: Ein weniger wirksames Mittel ist im Rahmen der Erforderlichkeit nicht zu berücksichtigen.
[435] Siehe 2. Kapitel B II.

Ansätze zurückgehenden Unterschieds keine Ausgestaltung der Angemessenheit sein.

Das bestätigt auch der Wortlaut der Strafprozessordnung in den §§ 97 V 2 Hs. 2, 100g I 2, in denen Eingriffsermächtigungen mit Subsidiaritätsklauseln noch zusätzlich auf den ohnehin geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinem Merkmal der Angemessenheit abstellen. Der Gesetzgeber betrachtet die Subsidiaritätsklauseln und die Angemessenheit also offensichtlich als zwei voneinander unabhängige Anordnungsvoraussetzungen.

II. Konkurrenzverhältnis

Das Ergebnis des obigen Abschnitts lautet: Subsidiaritätsklauseln gestalten die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne in keinem ihrer Merkmale aus.[436] Sie sind ein vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unabhängiges Mittel der normativen Selbstrestriktion. Subsidiaritätsklauseln ähneln am ehesten der Erforderlichkeit, indem sie wie die Erforderlichkeit als Merkmal der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne unterschiedliche Ermittlungsmaßnahmen vergleichen und zur Eingriffsminimierung die Anwendung der weniger belastenden Maßnahme anordnen. Im Gegensatz zur Erforderlichkeit vergleichen Subsidiaritätsklauseln jedoch nicht ausschließlich gleich wirksame, sondern auch verschieden wirksame Ermittlungsmaßnahmen. Das ist ihr eigener Ansatz, den der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht kennt.

Für das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Subsidiaritätsklauseln heißt das: Subsidiaritätsklauseln stellen an staatliches Handeln zusätzliche Anforderungen, die neben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit treten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht neben den Subsidiaritätsklauseln und ist in vollem Maße anwendbar. Ist eine subsidiäre Maßnahme nach den Subsidiaritätsklauseln zulässig, kann ihr insbesondere die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne durch eine Abwägung zwischen ihrem Nutzen und den durch sie verursachten Beeinträchtigungen absolute Grenzen setzen und sie unzulässig machen. Ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit daneben noch eine weitere wichtige Rolle spielt, wird das 7. Kapitel „Kollision von Subsidiaritätsklauseln“ untersuchen.

[436] Die für den Untersuchungszweck bedeutungslose Ausgestaltung der Legitimität soll hier vernachlässigt werden.

6. Kapitel: Bedeutungsgehalt der Subsidiaritätsklauseln

A. Überblick

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit dem Bedeutungsgehalt der einzelnen Subsidiaritätsklauseln. Es setzt sich mit ihren Tatbestandsmerkmalen auseinander, erklärt sie und versucht Definitionen aufzustellen. Hierbei geht das Kapitel zunächst auf den Bezugspunkt der Klauseln ein: die Ermittlungsziele (B I.). Anschließend untersucht es die Regelungen in den Klauseln bezüglich der Maßnahmen, die mit der subsidiären Maßnahme um die Erreichung der Ermittlungsziele konkurrieren (B II.). Das Kapitel beschäftigt sich danach mit den von den Klauseln aufgestellten Bedingungen, unter denen die grundsätzlich subsidiäre Maßnahme vorrangig angeordnet werden darf (B III.). Sodann untersucht es die Prognose, die bei der Anwendung der Subsidiaritätsklauseln zu treffen ist (B IV.). Zum Schluss stellt das

Kapitel eine Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln von den „weiten“ zu den „engen“(„strengen“) auf (C).

B. Bestimmung des Bedeutungsgehalts

I. Bezugspunkt: Ermittlungsziele

Wie das zweite Kapitel bereits dargelegt hat, weist jede Subsidiaritätsklausel einen Bezugspunkt auf: das Ziel, das die konkurrierenden, im Subsidiaritätsverhältnis stehenden Ermittlungsmaßnahmen erreichen sollen.[437] Diese Ermittlungsziele sind regelmäßig die „Erforschung des Sachverhalts“ (1.) und die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ (2.). Sie sollen nachfolgend näher untersucht werden.

1. Erforschung des Sachverhalts

a) Normalfall

Mit dem Ermittlungsziel „Erforschung des Sachverhalts“ hat der Gesetzgeber die Worte aus § 160 I StPO übernommen, der der Staatsanwaltschaft die Aufgabe zuweist, bei Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen. Das ist auch die allgemeine Aufgabe des Ermittlungsverfahrens.

Die Erforschung des Sachverhalts erstreckt sich auf tatsächliche Umstände und dient der Stoffsammlung zur objektiven Verdachtsabklärung.[438] Der Begriff des Sachverhalts ist dabei sehr umfassend: Nach § 160 I StPO soll seine Erforschung der Staatsanwaltschaft die Entscheidung ermöglichen, ob sie gegen den Beschuldigten Anklage erheben oder das Verfahren einstellen muss. Es sind somit die Identität des Beschuldigten und alle tatsächlichen Umstände zu ermitteln, die für den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Straftat relevant sind, sowie Umstände zur eventuell fehlenden Rechtswidrigkeit und Schuld. Die Erforschung des Sachverhalts bereitet weiterhin das gerichtliche Verfahren vor, insbesondere die Hauptverhandlung, deren störungsfreien und zügigen Ablauf sie sichern soll.[439] Sie hat daher auch die Aufgabe, Beweise zu sichern (§ 160 II StPO) und den Sachverhalt zur Rechtsfolgenzumessung zu ermitteln (§ 160 III 1 StPO).[440]

Sind all diese Punkte in ausreichendem Maße aufgeklärt, gehört es nicht mehr zur Erforschung des Sachverhalts, Erkenntnisse über kriminelle Strukturen und

---

[437] Siehe 2. Kapitel B II 1.

[438] *Rieß*, in: LR[25], Bd. 3 (2004), § 160 Rn. 15 und 17, *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens[7] (2007), Rn. 244.

[439] *Rieß*, in: LR[25], Bd. 3 (2004), § 160 Rn. 16 m.w.N.

[440] Siehe *Rieß*, in: LR[25], Bd. 3 (2004), § 160 Rn. 17 und *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens[7] (2007), Rn. 246 und 248. Vgl. auch zur Erforschung des Sachverhalts insgesamt *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 15.

Querverbindungen außerhalb der aufzuklärenden Straftat offenzulegen.[441] Zur Erforschung des Sachverhalts gehört es auch nicht, Straftaten aufzuklären, die nach Ansicht der Ermittlungsbehörde erst zukünftig begangen werden, da § 160 I StPO den Verdacht einer (begangenen) Straftat voraussetzt, sei sie auch nur in das Stadium einer Verbrechensverabredung nach § 30 II StGB gelangt. Allerdings kann bei Serienstraftaten, die in gleicher Art und Weise begangen werden, die spätere Aufklärung einer Tat, die im Anordnungszeitpunkt noch nicht begangen worden ist, dazu dienen, Rückschlüsse auf die bereits begangenen Straftaten zu ziehen und die dort vorhandenen Beweise und Indizien zu verifizieren. Die „Aufklärung zukünftiger Taten" dient in solchen Fällen daher auch der Erforschung des Sachverhalts begangener Straftaten und ist grundsätzlich zulässig.[442]

Der Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln „Erforschung des Sachverhalts" ist – wie aufgezeigt – nach dem Gesetzeswortlaut sehr weit. Allerdings ist jede einzelne Ermittlungsmaßnahme für sich meistens nicht in der Lage, alle relevanten Umstände des gesamten Sachverhalts aufzuklären.[443] Der Bezugspunkt ist daher schon rein faktisch eingeschränkt: Er bezieht sich nur auf Teile oder Ausschnitte eines Sachverhalts, zu deren Aufklärung eine Ermittlungsmaßnahme von ihrer Art her und auf Grund der konkreten Sachverhaltskonstellation in der Lage ist.[444] Eine molekulargenetische Analyse nach § 81e StPO kann beispielsweise feststellen, ob die Hautschuppen am Tatwerkzeug vom Beschuldigten stammen. Zur Ermittlung des übrigen Sachverhalts kann sie dagegen nichts beitragen.

b) Abweichungen

Der Gesetzgeber hat nicht in allen Subsidiaritätsklauseln von dem Ermittlungsziel „Erforschung des Sachverhalts" gesprochen. Manchmal hat er die Formulierung weggelassen, manchmal eine andere verwendet, manchmal ergänzende Formulierungen angefügt. Diese Abweichungen sind jedoch rein sprachlicher und nicht inhaltlicher Natur:

aa) Keine Erforschung des Sachverhalts

Der Gesetzgeber hat in den Subsidiaritätsklauseln der §§ 131 III, 131a III, IV 4 StPO den Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts" weggelassen. Da er bei den Ermittlungszielen zwischen der „Erforschung des Sachverhalts" und der „Ermittlung des Aufenthalts" einer Person unterscheidet und die genannten Maßnahmen nur der Aufenthaltsermittlung von Personen dienen, ist das konsequent.

---

[441] *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 15.

[442] Krit. zur Ermittlung zukünftiger Rauschgiftstraftaten *Kinzig* StV 2004, 560 (563).

[443] Die Maßnahme, die den Sachverhalt nach wie vor am meisten erhellen kann, ist die Vernehmung eines gut unterrichteten und aussagewilligen Zeugen.

[444] *Schroeder* spricht in diesem Zusammenhang von der „Zweckbestimmung" einer Maßnahme (GA 2005, 73 (74f.)).

Es stellt angesichts des von vornherein auf die Aufenthaltsermittlung von Personen begrenzten Zwecks der Maßnahmen in der Sache keine Einschränkung dar.

bb) Alternative Formulierung: Aufklärung

Weiterhin hat der Gesetzgeber in den §§ 110a I 3 und 4, 131b I, II 1 StPO andere Formulierungen als „Erforschung des Sachverhalts" verwendet:

In § 110a I 3 StPO benutzt der Gesetzgeber nur das Wort „Aufklärung", wobei er – wie aus den vorhergehenden Sätzen § 110a I 1 und 2 StPO deutlich wird – sich auf die „Aufklärung" der Katalogtaten in § 110a I 1 Nr. 1 – 4 StPO und von Verbrechen mit Wiederholungsgefahr bezieht. In der Subsidiaritätsklausel § 110a I 4 StPO spricht er unmittelbar von „Aufklärung von Verbrechen".

Es ist zu fragen, ob mit „Aufklärung" (des Sachverhalts einer bestimmten Straftat) etwas anderes als mit der ansonsten in Subsidiaritätsklauseln verwendeten Formulierung „Erforschung des Sachverhalts" gemeint ist. Nach allgemeinem Sprachverständnis besteht zwischen beiden Formulierungen ein wesentlicher Unterschied: Die „Erforschung des Sachverhalts" ist eine Tätigkeit, die „Aufklärung" der daraus häufig resultierende, jedoch nicht zwingende Erfolg. Insofern scheint die „Aufklärung" die strengere Voraussetzung zu sein.

Gegen die grammatische Auslegung spricht jedoch die Entstehungsgeschichte der beiden Subsidiaritätsklauseln in § 110a I 3 und 4 StPO. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf enthielt eine einzige Subsidiaritätsklausel mit dem Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters". Erst nachdem der Anwendungsbereich des § 110a StPO im Zuge der parlamentarischen Beratung sowohl bei den Katalogtaten wie auch (unter weiteren Voraussetzungen) auf Verbrechenstatbestände im Allgemeinen erweitert werden sollte, erhielt der Entwurf des § 110a StPO zwei Subsidiaritätsklauseln mit dem Ermittlungsziel „Aufklärung" (§ 110a I 3 StPO) beziehungsweise „Aufklärung von Verbrechen" (§ 110a I 4 StPO). Aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses ist nicht ersichtlich, dass auf Grund der Erweiterung der Anlasstaten in § 110a I StPO die Ermittlungsziele der Maßnahme auf der anderen Seite eingeschränkt werden sollten.[445] Ziel war es vielmehr, die Praxis allzusehr begrenzende enumerative Deliktskataloge zu vermeiden.[446] Der Hauptgedanke war also, die Effektivität der Ermittlungen zu steigern, dem die Begrenzung der Ermittlungsziele entgegenstünde. Die „Aufklärung" muss daher als eine im Zuge der parlamentarischen Beratung im Gesetzesentwurf vorgenommene, rein sprachliche Verkürzung angesehen werden, die inhaltlich die „Erforschung des Sachverhalts" umfasst.[447] Diese weite Auslegung ist noch mit dem möglichen Wortsinn

[445] Dazu eingehend 3. Kapitel VI 6 m.w.N.
[446] BT-Drucks. 12/2720, S. 46 i.V.m. S. 45.
[447] Für die Auslegung spricht auch die Erklärung des damaligen Ministerialdirigenten im Bundesministerium der Justiz *Hilger*, laut dem „Aufklärung" die „Erforschung des Sachverhalts und die Er-

von „Aufklärung" vereinbar und kann daher als Inhalt des Gesetzes gelten:[448] Die Aufklärung einer Straftat setzt die Erforschung des Sachverhalts der Straftat voraus und wird damit assoziiert. Die Aufklärung einer Straftat kann also auch tätigkeitsbezogen ausgelegt werden.[449]

Gleiches muss auch für § 131b I, II 1 StPO gelten, auch wenn man dort die Absicht des Gesetzgebers in der Entstehungsgeschichte nicht so gut belegen kann. Der Gesetzgeber spricht in § 131b I, II 1 StPO von der „Aufklärung einer Straftat" (§ 131b I StPO) und in Unterscheidung dazu von der „Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung" (§ 131b II 1 StPO).[450]

cc) Ergänzende Formulierungen

Schließlich fügt der Gesetzgeber dem Ermittlungsziel auch ergänzende Formulierungen an. So lauten die vollständigen Formulierungen der Ermittlungsziele in dem bereits genannten § 131b I, II 1 StPO „Aufklärung einer Straftat, insbesondere die Feststellung der Identität eines unbekannten Täters" (§ 131b I StPO) und „Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung, insbesondere die Feststellung der Identität des Zeugen" (§ 131b II 1 StPO). Die Ergänzungen stellen keine Einschränkungen des Ermittlungsziels dar, wie aus der Verwendung des Wortes „insbesondere" deutlich wird. Sie heben lediglich das Hauptziel hervor, das die subsidiären Maßnahmen nach § 131b StPO und die konkurrierenden Maßnahmen erreichen sollen.

Die Veröffentlichung von Abbildungen des Beschuldigten oder eines Zeugen nach § 131b StPO zur Aufklärung von Straftaten wird auch mehrheitlich zu diesem Hauptziel (Identifizierung der Personen) und nur selten zu Hinweisen auf die Tat selbst und somit zur Erforschung des Sachverhalts im weiteren Sinne führen. Insofern hat der Gesetzgeber bei der Formulierung des Ermittlungsziels „Erforschung des Sachverhalts" nur in der Eingriffsermächtigung § 131b StPO zumindest angedeutet, dass eine einzelne Maßnahme nur einen Ausschnitt des gesamten

---

mittlung des Aufenthaltsortes des Täters beziehungsweise Beschuldigten" bedeute (NStZ 1992, 523 (523 Fn. 137)).

[448] Vgl. zur Grenzsetzung durch den Gesetzeswortlaut *Larenz*, Methodenlehre, 5. Kapitel 2 f), S. 231.

[449] Im Ergebnis genauso *Schäfer*, in: LR[25] Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 30, *Nack*, in: KK[6] (2008). § 110a Rn. 22.

[450] Formuliert der Gesetzgeber, eine subsidiäre Maßnahme könne zur „Aufklärung von Straftaten" eingesetzt werden, ist er im Grunde nicht ganz präzise: Subsidiäre Ermittlungsmaßnahmen müssen vielfach klären, ob trotz des Verdachts eine Straftat überhaupt begangen worden ist. Nicht selten stellt sich nachträglich heraus, dass gar keine Straftat vorliegt, eine Anzeige z.B. falsch gewesen ist. In diesen Verfahren gibt es keine „Aufklärung von Straftaten", sondern nur die „Erforschung des Sachverhalts". Hier merkt man auch, wie sorgfältig und klug der historische Gesetzgeber in § 160 I StPO formuliert hat, indem er der Staatsanwaltschaft beim Verdacht einer Straftat „lediglich" auferlegt hat, den Sachverhalt zu erforschen: Er hat die Staatsanwaltschaft nicht zur „Aufklärung der Straftat" verpflichtet, weil erstens nicht immer eine Straftat vorliegt und zweitens ihre Aufklärung nicht immer möglich ist.

Sachverhalts aufklären und daher nur die Aufklärung dieses Ausschnitts das Ermittlungsziel der Maßnahme sein kann.[451]

2. Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten

Neben der eben behandelten „Erforschung des Sachverhalts" ist der zweite Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln regelmäßig die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten".[452] Sprachlich variiert der Gesetzgeber dieses Ermittlungsziel in mehrfacher Weise: Er spricht auch von der „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters"[453] oder „Ermittlung des Aufenthaltsortes *eines* Beschuldigten"[454]. In zwei Fällen spricht der Gesetzgeber in Subsidiaritätsklauseln nur von „Aufenthaltsermittlung", wobei sich aus dem Kontext oder aus der systematischen Auslegung ergibt, dass es sich um die „Aufenthaltsermittlung" des Beschuldigten handelt.[455] Im Gegensatz zur Ermittlung des *Aufenthaltsortes* geht es in diesen beiden Fällen nach dem Gesetzeswortlaut um die Ermittlung des *Aufenthalts* des Beschuldigten.[456] „Der Beschuldigte", „ein Beschuldigter" oder „der Täter" sind in der Sache die gleichen gesuchten Personen. Die Unterschiede sind rein sprachlich.[457] Doch was ist mit „Aufenthaltsort" und „Aufenthalt" genau gemeint? Dies gilt es zu untersuchen.

a) Normalfall

aa) Begriffliche Bestimmung des Aufenthaltsorts

Zunächst ist zu klären, was allgemein unter „Aufenthaltsort" und „Aufenthalt" zu verstehen ist. Die Strafprozessordnung verwendet an mehreren Stellen den Terminus „Aufenthaltsort",[458] meistens zusammen mit dem Terminus „Wohnort".[459] Daneben kennt sie auch den „gewöhnlichen Aufenthalt", den der Gesetzgeber zusammen mit dem Terminus „Wohnsitz"[460] verwendet, sowie den „festen Aufenthalt", den der Gesetzgeber zusammen mit dem Terminus „fester Wohnsitz" benutzt.[461] Zunächst soll unter aaa) geklärt werden, welche Bedeutung die Begriffe „Wohnsitz", „Wohnort" und „fester Wohnsitz" haben, um danach unter bbb) zu

---

[451] Vgl. oben unter 1 a), wo diese Einschränkung als eine rein faktische beschrieben worden ist.
[452] Siehe §§ 100a I Nr. 3, 100g I 2 StPO.
[453] Siehe §§ 97 V, 98a I 2, 163e I 2 und 3, 163f I 1 und 2 StPO.
[454] §§ 100f I und II 2, 100h I 1, II Nr. 1 und StPO.
[455] Siehe §§ 131 III und 131a III StPO.
[456] Siehe auch § 131a I StPO am Ende.
[457] Vgl. ausführlich *Schroeder* NJW 2000, 2483ff.
[458] §§ 50 II, 68 III 1, 116 I 2 Nr. 2, 200 I 4, 222 I 1, II StPO.
[459] §§ 68 I 1, II 1, III 1, 116 I 2 Nr. 2, 200 I 4, 222 I 1, II StPO.
[460] Siehe §§ 7 II 2, 8 I und II StPO. *Wendisch* bemerkt unter Hinweis auf § 7 II 2 StPO, dass der Terminus „gewöhnlicher Aufenthaltsort" in § 8 II StPO richtigerweise „gewöhnlicher Aufenthalt" lauten müsse (LR[25], Bd. 1 (1999), § 8 Rn. 5).
[461] §§ 113 II Nr. 2, 127a I StPO.

versuchen, daraus die Bedeutung der verschiedenen Formen des Aufenthalts zu entwickeln, voneinander abzugrenzen und eine rein begrifflich abgeleitete Definition des Bezugspunkts „Ermittlung des Aufenthaltsortes“ zu finden.

aaa) Formen des Wohnens

Der Begriff des „Wohnsitzes“ bestimmt sich nach §§ 7 – 11 BGB. Eine Person hat ihren Wohnsitz gemäß § 7 I BGB an dem Ort, an dem sie sich ständig niederlässt. Das bedeutet, sie muss den Willen haben, den Ort auf Dauer zum Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse zu machen (Domizilwille) und sich an dem Ort auch tatsächlich niederlassen.[462] Der Wohnsitz bezeichnet dabei nicht die konkrete Wohnanschrift, sondern die kleinste politische Einheit, in der Regel die Gemeinde, in der sich die Wohnung der Person befindet.[463]

Unter „Wohnort“ versteht man im Privatrecht die Ortschaft, in der eine Person eine Wohnung hat und in dieser auch wohnt.[464] Als Wohnung gilt dabei jeder tatsächlich (auch vorübergehend) bewohnte Raum.[465] Der „Wohnort“ fällt in der Regel mit dem „Wohnsitz“ zusammen, was jedoch nicht zwingend ist.[466] In Teilen des Privatrechts ist der „Wohnort“ gleichbedeutend mit „Wohnsitz“.[467] In der Strafprozessordnung verwendet der Gesetzgeber den Terminus „Wohnort“ meistens bei Vorschriften über Zeugen: Vernehmungen des Zeugen (§ 68 I 1, II 1, III 1 StPO), Geheimhaltung des „Wohnortes“ des Zeugen in der Anklageschrift (§ 200 I 4 StPO), gerichtliche Mitteilung der zur Hauptverhandlung geladenen Zeugen (§ 222 I 1 StPO). Der Terminus „Wohnort“ findet sich auch in § 116 I 2 Nr. 2 StPO wieder. Nach der Vorschrift darf der Haftrichter einen Haftbefehl außer Vollzug setzen und den Beschuldigten anweisen, seinen „Wohnort“ nicht ohne Erlaubnis zu verlassen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften in der Strafprozessordnung ist der „Wohnort“ in gleicher Weise wie in weiten Teilen des Privatrechts zu verstehen, nämlich zumindest als die Ortschaft, in der eine Person unabhängig von ihrem Domizilwillen eine Wohnung hat und sie auch bewohnt. Denn bei den §§ 68, 200 I, 222 StPO wie auch bei § 116 I 2 Nr. 2 StPO kommt es darauf an, dass die Zeugen beziehungsweise der Beschuldigte, bei dem die Vollstreckung des Haftbefehls außer Vollzug gesetzt worden ist, für die Strafverfolgungsbehörde sicher erreichbar sind.

---

[462] Vgl. *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), § 7 Rn. 3 – 9, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), § 7 Rn. 9 – 15, *Westermann*, in: Erman[12], Bd. 1 (2008), § 7 Rn. 4 – 6.

[463] *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), § 7 Rn. 13, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), § 7 Rn. 1, *Breidenbach* StAZ 1959, 296 (296).

[464] *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), vor § 7 Rn. 14.

[465] *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), § 7 Rn. 2.

[466] So hat der Strafgefangene zwar einen „Wohnort“, jedoch keinen „Wohnsitz“, da er sich auf *Grund* äußeren Zwangs in der JVA befindet und keinen Domizilwillen hat (*Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), vor §§ 7 – 11 Rn. 4 und § 7 Rn. 4, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), § 7 Rn. 11).

[467] *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), vor § 7 Rn. 14 mit Nachweisen einzelner Vorschriften aus dem HGB.

In der Strafprozessordnung ist allerdings darüber hinaus streitig, ob mit „Wohnort“ nur die Ortschaft oder die genaue Wohnanschrift der Person gemeint ist. Für die Auslegung des Begriffs als die genaue Wohnanschrift spricht, dass der Gesetzgeber mit dem OrgKG 1992 den heutigen § 68 II 1 StPO eingefügt hat, in dem vom „Wohnort“ oder „einer anderen ladungsfähigen Anschrift“ die Rede ist.[468] Die Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates zum OrgKG 1992 spricht ebenfalls vom „Wohnort“ als einer anderen ladungsfähigen Anschrift und erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Vorschriften über die Zeugen in §§ 200 I, 222 StPO.[469] Ferner entspricht es dem Zweck der genannten Vorschriften über Zeugen, dass die genaue Wohnanschrift gemeint ist: die Identität des Zeugen sicherstellen, Nachforschungen über seine Glaubwürdigkeit ermöglichen und die ladungsfähige Anschrift festhalten.[470] Andererseits verlöre nach dieser Ansicht die begriffliche Unterscheidung zwischen dem so verstandenem „Wohnort“ in § 116 I 2 Nr. 2 StPO und der „Wohnung“ in § 116 I 2 Nr. 3 StPO , die der Beschuldigte bei außer Vollzug gesetztem Haftbefehl jeweils nicht verlassen soll, weitgehend ihren Sinn. Die Meinung, die unter „Wohnort“ nicht nur die Ortschaft, sondern eine konkrete Wohnanschrift versteht, ist allerdings vorzuziehen. Sie hat mit § 68 II 1 StPO den Gesetzeswortlaut ausdrücklich auf ihrer Seite und entspricht besser dem Sinn der Wohnortangabe bei Zeugen. Der „Wohnort“ ist in der Strafprozessordnung daher die Anschrift, unter der eine Person in einer Wohnung unabhängig von ihrem Domizilwillen tatsächlich wohnt.

Unter „festem Wohnsitz“ versteht die Kommentarliteratur die tatsächliche Niederlassung, nicht nur die polizeiliche Anmeldung, die auch für eine gewisse Dauer berechnet ist.[471] Der so verstandene Begriff des „festen Wohnsitzes“ wäre allerdings pleonastisch: Bereits der „Wohnsitz“ im Sinne des § 7 I BGB stellt – wie geschildert – per definitionem die tatsächliche Niederlassung einer Person und nicht ihre bloße Niederlassung zum Schein dar und ist außerdem auf Dauer angelegt. Soll der „feste Wohnsitz“ einen unterscheidungsfähigen Begriff bilden, könnten ihm folgende Überlegungen noch einen gewissen Sinn geben: Eine auf Dauer angelegte Niederlassung – wie sie der „Wohnsitz“ voraussetzt – bedeutet nicht, dass die Niederlassung unabänderlich ist,[472] sondern lediglich nicht von vornherein nur vorübergehend.[473] Auf Dauer bedeutet auch nicht „ununterbrochen“. Auch bei längeren auswärtigen Aufenthalten bleibt der Wohnsitz beste-

---

[468] *Ignor*/Bertheau, in: LR[26], Bd. 2 (2008), § 68 Rn. 6, *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 68 Rn. 8

[469] BT-Drucks. 12/989, S. 35.

[470] *OLG Stuttgart* NStZ 1991, 297f. m.w.N.

[471] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 113 Rn. 6, *Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007) § 113 Rn. 9.

[472] Das ergibt sich schon daraus, dass ein Wohnsitz nach § 7 III BGB aufgegeben werden kann.

[473] *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), § 7 Rn. 9, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), § 7 Rn. 15.

hen.[474] Der „feste Wohnsitz" könnte daher definiert werden als die tatsächliche, auf Dauer angelegte und vom Domizilwillen getragene Niederlassung, die in absehbarer Zukunft nicht aufgegeben und nicht für längere Zeiträume unterbrochen wird. Diese Definition würde auch stärker dem Sinn des § 113 I 2 Nr. 2 StPO entsprechen, gemäß dem der Haftrichter beim Vorliegen eines „festen Wohnsitzes" den wegen Fluchtgefahr erlassenen Haftbefehl außer Vollzug setzen darf.

bbb) Formen des Aufenthalts

Die verschiedenen Formen des Aufenthalts beschreiben ein rein tatsächliches Verhältnis einer Person zu einem Ort. Unter Aufenthalt ist allgemein ein freiwilliges Verweilen von gewisser Dauer oder Regelmäßigkeit zu verstehen. Anders als im Falle des „Wohnsitzes" bedarf es für die verschiedenen Aufenthaltsformen keines rechtsgeschäftlichen Begründungswillens. Der Aufenthalt ist kein Rechts-, sondern ein Zustandsverhältnis.[475] Im Gegensatz zum „Wohnort", der ebenfalls keinen Domizilwillen voraussetzt, kann sich eine Person an einem Ort aufhalten, an dem sie über keinen Wohnraum verfügt, also auch der Obdachlose.

Der zuständigkeitsbegründende „gewöhnliche Aufenthalt" in §§ 7 II 2, 8 II StPO ist als Parallelbegriff zum „Wohnsitz" folglich der Ort im Sinne der kleinsten politischen Einheit, meistens also der Gemeinde, an dem eine Person hauptsächlich verweilt.[476] Er wird auch als „faktischer Wohnsitz" bezeichnet.[477]

Unter „Aufenthaltsort" ist als Parallelbegriff zum „Wohnort" dagegen ein Ort im Sinne einer konkreten Stelle gemeint, an der sich eine Person regelmäßig oder zumindest für eine gewisse Dauer tatsächlich aufhält. Diese konkrete Stelle muss nicht zwangsläufig eine Wohnung sein, da der Aufenthalt keine Verfügungsgewalt über Wohnraum voraussetzt. Was die Dauer angeht, liegt ein Aufenthalt grundsätzlich nur dann vor, wenn eine Person an einem Ort nicht bloß augenblicklich verweilt.[478] Allerdings wird man für den „Aufenthaltsort" als Parallelbegriff zum „Wohnort", der auf eine ladungsfähige und damit längerfristige Wohnanschrift abstellt, eine nicht nur kurze, vorübergehende Verweildauer verlangen müssen.

Spricht der Gesetzgeber in den Subsidiaritätsklauseln der §§ 131 III, 131a III StPO von der „Aufenthaltsermittlung", meint er verkürzend die „Ermittlung des Aufenthalts*ortes*". Wie dargestellt ist der Aufenthalt ein tatsächliches *Verhältnis*.

---

[474] *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), § 7 Rn. 9, *Westermann*, in: Erman[12], Bd. 1 (2008), § 7 Rn. 6.

[475] Siehe zum Ganzen *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), vor § 7 Rn. 16 und *Erb*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), § 8 Rn. 4.

[476] Vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 8 Rn. 3, *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), vor §§ 7 – 11 Rn. 3, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), vor § 7 Rn. 18.

[477] *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), vor §§ 7 - 11 Rn. 3, *Fahse*, in: Soergel[13], Bd. 1 (2000), vor § 7 Rn. 18.

[478] Je nach Rechtsgebiet kann aber auch eine längere Dauer erforderlich sein. So verlangt der „Aufenthalt" im IPR eine „gewisse Dauer", die über ein kurzes Verweilen im Land bei einer Hotelübernachtung oder der Durchreise hinausgeht. Siehe zum Ganzen *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), vor §§ 7 - 11 Rn. 1 und 3.

Soll eine gesuchte Person nach §§ 131, 131a StPO ermittelt werden, ist der *Ort* entscheidend, an dem dieses Verhältnis besteht, das heißt der Ort, an dem die Person verweilt. Insofern kann es immer nur um die Ermittlung des Aufenthalts*ortes* gehen.

Unter „festem Aufenthalt" ist nach der hier vertretenen Auffassung als Parallelbegriff zum „festen Wohnsitz" ein Verweilen in einem ganz bestimmten Ort (Ortschaft) gemeint, das auch in absehbarer Zukunft beibehalten und nicht länger unterbrochen wird.

Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass nach der rein begrifflichen Ableitung des vom Gesetzgeber in den Subsidiaritätsklauseln verwendeten Begriffs „Aufenthaltsort" dieser zwei Komponenten hat: *Zeitlich* meint er einen Ort, an dem der Beschuldigte entweder regelmäßig oder für einen längere Dauer verweilt, nicht lediglich kurz, vorübergehend und erst recht nicht lediglich augenblicklich. *Räumlich* meint der „Aufenthaltsort" eine konkrete Stelle innerhalb einer Ortschaft, an der sich der Beschuldigte in der beschriebenen Weise aufhält, unabhängig davon, ob er dort über eine Wohnung verfügt oder nicht. Spricht der Gesetzgeber in Subsidiaritätsklauseln von der „Aufenthaltsermittlung", meint er verkürzend dasselbe: die „Ermittlung des Aufenthaltsortes".

bb) Bestimmung des Aufenthaltsorts nach dem Zweck der Maßnahmen

Fraglich ist, ob die oben gegebene und hauptsächlich aus den Vorschriften der Strafprozessordnung über die Zeugen abgeleitete Definition des „Aufenthaltsortes" vollumfänglich auf die Subsidiaritätsklauseln übertragbar ist. Sichtet man die Kommentarliteratur, fällt auf, dass die oben definierten Begriffe in verschiedenen Gesetzen, manchmal sogar innerhalb desselben Gesetzes, unterschiedliche Bedeutungen haben können.[479] Allein der im BGB legaldefinierte „Wohnsitz" ist ausreichend genug abgegrenzt. Welche Bedeutung ein Begriff genau hat, kann oft nur aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift geschlossen werden.

Die oben entwickelte Definition für „Aufenthaltsort" soll daher anhand der verschiedenen Zwecke von Ermittlungsmaßnahmen überprüft werden. Bei dieser Überprüfung des Bezugspunkts „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" ist nicht ausschließlich auf den möglichen Zweck der einzelnen subsidiären Maßnahme abzustellen. Der Bezugspunkt gilt schließlich für alle konkurrieren Maßnahmen.[480] Allerdings sind die tatsächlichen Möglichkeiten der einzelnen subsidiären Maßnahmen für die Auslegung des Bezugspunkts in ihren Subsidiaritätsklauseln letztentscheidend: Der Bezugspunkt einer konkreten Subsidiaritätsklausel kann nicht über die technischen Möglichkeiten der einzelnen subsidiären Maßnahme hinausreichen. Insofern wird auch zu überprüfen sein, ob die nach dem Verfahrenszweck der Ermittlungsmaßnahmen gegebenenfalls zu korrigieren-

[479] Siehe etwa zu verschiedenen Bedeutungen von „Aufenthalt" und „Wohnort" im Privatrecht *Weick*, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), vor §§ 7 - 11 Rn. 2 und 4.
[480] Siehe zu diesem Begriff 2. Kapitel B II 2.

de Definition des „Aufenthaltsortes“ für einzelne Maßnahmen wiederum zu modifizieren ist.

aaa) Zeitliche Komponente des Aufenthaltsortes

Zunächst ist zu untersuchen, ob Ermittlungsmaßnahmen wirklich nicht auch den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten ermitteln sollen, so wie es nach der oben rein begrifflich abgeleiteten Definition der Fall wäre, sondern nur einen solchen von zumindest gewisser Dauer.

Die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ und ihr gleichstehend die „Aufenthaltsermittlung“ ist für die Ermittlungsbehörde vor allem in vier Fällen relevant: zur vorläufigen Festnahme des Beschuldigten, zu seiner Ergreifung bei bestehendem Haftbefehl, zu seiner Ergreifung mit anschließender Durchführung weiterer Ermittlungsmaßnahmen an seinem Körper[481] und für Maßnahmen, zu deren Durchführung seine Ergreifung nicht erforderlich ist, insbesondere weiterführende Überwachungsmaßnahmen.[482] [483]

Zunächst sind die drei zuerst genannten Fälle zu betrachten: Nimmt die Polizei den Beschuldigten gemäß § 127 II StPO vorläufig fest, damit er anschließend verhaftet werden kann oder ergreift sie ihn bei bereits bestehendem Haftbefehl oder ist seine Ergreifung zur Durchführung weiterer Ermittlungsmaßnahmen an ihm selbst erforderlich, ist es für die Ermittlungsbehörde ausreichend zu erfahren, wo der Beschuldigte *augenblicklich* verweilt: Erfährt die Ermittlungsbehörde beispielsweise aus der Überwachung des Handys des Beschuldigten, der unbekannten Aufenthalts ist, dass er eine bestimmte Stelle anfährt, um sich dort mit einem Dritten zu treffen, kann sie den Beschuldigten grundsätzlich ergreifen. Der Beschuldigte muss also nicht zwingend für eine gewisse Dauer oder regelmäßig an einem Ort verweilen, um ergriffen zu werden. Insofern erscheint die oben gegebene Definition des „Aufenthaltsortes“, die in zeitlicher Hinsicht ein „augenblickliches Verweilen“ ausschloss, angesichts des Zwecks der Maßnahmen zu eng zu sein.

Allerdings sind nur Ermittlungsmaßnahmen, die ständig aktuelle Informationen liefern, in der Lage, den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten zu ermitteln: Zu denken ist an den Einsatz für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel beim Beschuldigten oder bei seinen Kontaktpersonen nach § 100 I 1 Nr. 2, II Nr. 2 StPO, etwa den eines GPS-Senders, die fortlaufende Erhebung von Standortdaten in Echtzeit nach § 100g I StPO, und in eingeschränktem Maße die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO, die für den Fall eines Verbindungsaufbaus der Ermittlungsbehörde auch Standortdaten

[481] Z.B. einer Blutentnahme für eine DNA-Analyse (§§ 81a, 81e StPO).

[482] Für die Ermittlungsbehörde ist es oft relevant zu erfahren, wo der Beschuldigte sich zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgehalten hatte, etwa ob er im Tatzeitpunkt am Tatort gewesen ist. Hier steht jedoch die Verbindung des Beschuldigten zur Tat im Vordergrund. Insofern werden dahingehende Ermittlungen unter den Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts“ zu subsumieren sein.

[483] Zu der nicht praxisrelevanten Möglichkeit, mit Hilfe subsidiärer Maßnahmen eine Ladung bzw. Zustellung zu bewirken siehe *Schroeder* GA 2005, 73 (79f.).

liefert. Zu denken ist ebenfalls an die Öffentlichkeitsfahndung zur Festnahme des Beschuldigten beziehungsweise zur Ermittlung seines Aufenthalts nach §§ 131 III, 131a III StPO, die aktuelle Hinweise aus der Bevölkerung liefern kann. Auch die akustische Überwachung der Wohnung eines Mitbeschuldigten oder von Kontaktpersonen nach § 100c I, III StPO, die akustische Überwachung des Beschuldigten oder seiner Kontaktpersonen außerhalb von Wohnungen nach § 100f I, II StPO mittels eines beispielsweise im Pkw eingebauten Geräts zur Sprachaufzeichnung sowie der Inhalt mitgeschnittener Telefongespräche oder mitgelesener E-Mails des Beschuldigten oder der Nachrichtenmittler nach § 100a I, III StPO sind dazu in der Lage. Die Ermittlungsbehörde ist allerdings bei den zuletzt genannten Maßnahmen darauf angewiesen, dass der Beschuldigte oder eine andere Person den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten zufällig nennt.

Im Gegensatz dazu gibt es auch subsidiäre Ermittlungsmaßnahmen, die schon von ihrer Art her nicht in der Lage sind, den Ort zu ermitteln, an dem der Beschuldigte *augenblicklich* verweilt. Die Definition des „Aufenthaltsortes“ in ihren Subsidiaritätsklauseln kann sich daher unmöglich soweit erstrecken: Die Beschlagnahme bei Medienschaffenden gemäß §§ 94, 97 V StPO kann nicht den sich ständig ändernden Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten offenlegen, weil beschlagnahmte Schriftstücke, Ton-, Bild- und Datenträger, Abbildungen oder andere Darstellungen keine fortlaufend aktualisierten Informationen liefern.

Manche Maßnahmen sind allerdings nur auf den ersten Blick nicht in der Lage, den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten zu ermitteln, weil sie dessen Kenntnis vermeintlich voraussetzen: So kann die längerfristige Observation des Beschuldigten gemäß § 169f I 1 StPO oder die akustische Überwachung des Beschuldigten außerhalb von Wohnungen mittels eines Richtmikrophons gemäß § 100f I StPO nur stattfinden, wenn der Ermittlungsbehörde bekannt ist, wo der Beschuldigte augenblicklich verweilt.[484] Die Maßnahmen scheiden scheinbar als taugliche Instrumente für die Ermittlung des Ortes des augenblicklichen Verweilens aus, da sie die Kenntnis dieses Ortes für ihre Durchführung gerade voraussetzen. Indessen können auch Mitbeschuldigte oder Kontaktpersonen in dieser Weise überwacht werden (§§ 100f II 2, 169 I 2 StPO), um den Aufenthaltsort des Beschuldigten aufzuspüren. In diesen Varianten sind die beiden Maßnahmen daher sehr wohl in der Lage, den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten zu ermitteln, die Auslegung des „Aufenthaltsortes“ in ihren Subsidiaritätsklauseln braucht nicht eingeschränkt zu werden.

[484] Um Bildaufnahmen vom Beschuldigten nach § 100h I 1 Nr. 1 StPO zu machen, muss die Ermittlungsbehörde dagegen nicht zwingend wissen, wo der Beschuldigte augenblicklich verweilt (a.A. *Schroeder*, GA 2005, 73 (76)): Hauseingänge können z.B. videoüberwacht werden, um festzustellen, ob und gegebenenfalls wann der flüchtige Beschuldigte in seine Wohnung zurückkehrt. Hier richtet kein Polizeibeamter die Kamera bewusst auf den Beschuldigten, vielmehr bewegt sich der Beschuldigte in das Aufnahmefeld einer vorher für den (ungewissen) Fall seines Kommens installierten und laufenden Kamera.

Beim vierten Punkt, bei dem der Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" für die Ermittlungsbehörde relevant sein kann (weiterführende Ermittlungsmaßnahmen, zu deren Durchführung die Ergreifung des Beschuldigten nicht notwendig ist), wird es in aller Regel nicht ausreichend sein, den Ort, an dem der Beschuldigten lediglich augenblicklich verweilt, zu erfahren. An einem solchen Ort kann allenfalls eine längerfristige Observation nach § 163f I 1 StPO begonnen oder Bildaufnahmen nach § 100h I 1 Nr. 1 gemacht werden, wenn die Situation gerade ermittlungsrelevant ist. Alle anderen subsidiären und nicht subsidiären Ermittlungsmaßnahmen haben andere Anknüpfungspunkte als den augenblicklichen Aufenthalt des Beschuldigten. So benötigt die Ermittlungsbehörde für die Überwachung der Telekommunikation des Beschuldigten nach § 100a StPO dessen Telefonnummer oder bei Handys zumindest die Gerätekennung (IMEI-Nummer). Für die akustische Wohnraumüberwachung eines Mitbeschuldigten nach § 100c StPO muss sie dessen Wohnanschrift kennen. Für den Einbau eines Geräts zur Sprachaufzeichnung in den Pkw des Beschuldigten nach § 100f I StPO sind die Kenntnis vom Standort des Pkws, Zeit und eine günstige Gelegenheit notwendig. Das Gleiche gilt für den Einbau von GPS-Sendern in Pkws gemäß § 100h I 1 Nr. 2 StPO. Bei der Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g I StPO muss die Nummer des anrufenden oder angerufenen Telefons bekannt sein. Für die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten nach § 102 StPO ist es erforderlich zu wissen, wo er wohnt. Um Anschlussmaßnahmen durchzuführen, die die Ergreifung des Beschuldigten nicht erforderlich machen, insbesondere Überwachungsmaßnahmen, reicht es für die Ermittlungsbehörde also regelmäßig nicht aus, den Ort seines augenblicklichen Verweilens zu kennen. Vielmehr wird die Ermittlungsbehörde wissen müssen, wo der Beschuldigte zumindest für eine gewisse Dauer oder regelmäßig verweilt, um diese Ermittlungsmaßnahmen anwenden zu können. Teilweise reicht es für die Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme (wie zum Beispiel § 100g I StPO) nicht, zu wissen, wo der Beschuldigte sich aufhält. Vielmehr muss seine Telefonnummer durch weitere Maßnahmen ermittelt werden. [485] Doch dafür ist es wiederum erforderlich zu wissen, wo der Beschuldigte sich regelmäßig oder zumindest für eine längere Dauer aufhält. Der vierte Zweck der Aufenthaltsermittlung stimmt also mit der begrifflichen Definition von „Aufenthaltsort" überein.

Das Fazit hinsichtlich der zeitlichen Komponente des „Aufenthaltsortes" lautet daher: Soll der Beschuldigte durch Anwendung der subsidiären Maßnahmen ergriffen werden, um ihn vorläufig festzunehmen, zu verhaften, oder an seinem Körper weitere Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen, ist es ausreichend, wenn die Ermittlungsbehörde erfährt, wo er augenblicklich verweilt. Für die Durchführung anderer Ermittlungsmaßnahmen ist es dagegen regelmäßig erforderlich zu wissen, wo er sich zumindest für eine gewisse Dauer oder regelmäßig aufhält. Der

[485] Bei Handys kommt hier die Anwendung des IMSI-Catcher nach § 100i StPO in Frage.

Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsorts" ist daher bei bestimmten Maßnahmen entgegen seiner begrifflichen Ableitung dahingehend auszulegen, dass er auch den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten einbezieht. Dies gilt allerdings nicht für subsidiäre Maßnahmen, wie die Beschlagnahme bei Medienschaffenden gemäß §§ 94, 97 V StPO, die von ihrer Art her nicht in der Lage sind, den Ort des augenblicklichen Verweilens des Beschuldigten zu ermitteln. Die begriffliche Auslegung der zeitlichen Komponente des „Aufenthaltsortes" ist daher je nach Art der Maßnahme zu modifizieren und kann nicht für alle subsidiären Maßnahmen einheitlich ausgelegt werden.[486]

bbb) Räumliche Komponente des Aufenthaltsortes

In räumlicher Hinsicht hat die begriffliche Auslegung von „Aufenthaltsort" ergeben, dass mit „Ort" keine Ortschaft, sondern eine konkrete Stelle gemeint ist, an der der Beschuldigte – nicht zwangsläufig im Wohnraum – verweilt. Wie bei der zeitlichen Komponente soll auch hier die gewonnene begriffliche Definition anhand des Zwecks der Ermittlungsmaßnahmen, die den „Aufenthaltsort" des Beschuldigten ermitteln sollen, überprüft werden:

Soll der Beschuldigte für seine vorläufige Festnahme, seine Verhaftung oder zur Durchführung weiterer Ermittlungsmaßnahmen an ihm selbst ergriffen werden, ist es naturgemäß erforderlich, den genauen Ort seines Verweilens zu kennen. Dies gilt meistens auch, wenn weitere Überwachungs- oder andere Maßnahmen angeordnet werden sollen, zu deren Durchführung es nicht erforderlich ist, den Beschuldigten zu ergreifen: die akustische Überwachung des Beschuldigten außerhalb von Wohnungen (§ 100f I StPO), Einsatz technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten (§ 100h I StPO), die längerfristige Observation (§ 169f I 1 StPO), die Durchsuchung seiner Wohnung (§ 102 StPO).

Es ist wiederum zu fragen, ob die aus dem Verfahrenszweck aller Maßnahmen gewonnene Auslegung bezüglich der räumlichen Ausdehnung des „Aufenthaltsortes" tatsächlich für alle subsidiären Ermittlungsmaßnahmen gelten oder ob die Auslegung auf Grund begrenzter technischer Möglichkeiten einzelner subsidiärer Maßnahmen für diese gar nicht gelten kann: Bei der Erhebung von Standortdaten nach § 100g I StPO kann bei Handys nicht die ganz genaue Stelle ermittelt werden, an der sich der Beschuldigte befindet, sondern nur die Geokoordinaten der jeweiligen Basisstation einer Funkzelle, in die sein Handy eingebucht ist. Allerdings ist § 100g I StPO auch auf Festnetzanschlüsse anwendbar, deren Standort ganz genau ermittelt werden kann. Insofern bedarf die Auslegung der „Ermittlung des Aufenthaltsortes" in der Subsidiaritätsklausel des § 100g I keiner Einschränkung.

Zu erörtern ist auch der umgekehrte Fall: Muss die gewonnene Auslegung des „Aufenthaltsortes" in räumlicher Hinsicht auf Grund der tatsächlichen Möglich-

[486] Im Ergebnis so auch *Schroeder* GA 2005, 73 (80).

keiten einzelner subsidiärer Maßnahme ausgedehnt werden? So liefert die Erhebung aktueller Standortdaten nach § 100g I StPO, der Einsatz technischer Observationsmittel nach § 100h I 1 Nr. 2 StPO und die längerfristige Observation gemäß § 169f I 1 StPO fortlaufend den genauen Standort des Beschuldigten. Ist der Beschuldigte unterwegs, liefern die Maßnahmen sein Bewegungsprofil. Nach der Konzeption des Gesetzgebers soll auch die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung gemäß § 163e StPO ein solches Bewegungsprofil mit Hilfe von Kontrollstellen liefern.[487] [488] Dennoch ist die Definition für den „Aufenthaltsort des Beschuldigten" in den genannten Maßnahmen nicht über seinen Aufenthalt an einer konkreten Stelle hinaus auszudehnen. Bewegungsprofile sollen immer Zusammenhänge zwischen dem Beschuldigten und Orten oder zwischen dem Beschuldigten und anderen Personen aufzeigen. Sie dienen daher dem bereits untersuchten Ermittlungsziel „Erforschung des Sachverhalts". Sie vermögen daher die Definition für die „Ermittlung des Aufenthaltsortes" in räumlicher Hinsicht nicht zu beeinflussen.

Insofern lautet in räumlicher Hinsicht des „Aufenthaltsortes" das Fazit: Der „Aufenthaltsort" ist einheitlich in Sinne einer konkreten Stelle, nicht zwangsläufig einer Wohnung, auszulegen.

b) Abweichungen

Im Gegensatz zum Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts" gibt es bei der „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" nicht nur rein sprachliche, sondern teilweise auch inhaltliche Abweichungen vom Normalfall einer Subsidiaritätsklausel:

aa) Erweiterung: Zeuge als gesuchte Person

Gemäß § 131a III, IV 4 StPO kann auch zur Aufenthaltsermittlung eines Zeugen öffentlich gefahndet werden, mit und ohne Bilder von ihm zu veröffentlichen. Dies erweitert den üblichen Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln: Nicht nur der Aufenthaltsort des Beschuldigten darf durch die subsidiäre Maßnahme ermittelt werden, sondern auch der eines Zeugen.[489]

---

[487] Siehe 3. Kapitel VI 7.

[488] Diese Vorstellung wird sich auf Grund fehlender flächendeckender Kontrollstellen nicht realisieren lassen und wirkt angesichts der Möglichkeiten der fortlaufenden Erhebung von Standortdaten bei Handys nach § 100g I StPO und der viel präzisier Standortbestimmung durch Verwendung von GPS-Sendern nach § 100h I 1 Nr. 2 StPO anachronistisch.

[489] § 131a StPO ist inhaltlich wie sprachlich der Inbegriff der Abweichung unter den Eingriffsermächtigungen mit Subsidiaritätsklausel: Er kennt nicht den Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts". Der Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes" heißt dort verkürzt „Aufenthaltsermittlung" und umfasst entgegen allen anderen Subsidiaritätsklauseln auch die Aufenthaltsermittlung des Zeugen. Insgesamt sind unter dem Gesichtspunkt von Subsidiaritätsklauseln die §§ 131 – 131b StPO auffällig anders. Vgl. zu § 131b StPO oben unter I 1 b) aa).

bb) Einschränkung: Mitbeschuldigter als allein gesuchte Person

Die zweite Abweichung enthält § 100c I Nr. 4 StPO für die akustische Wohnraumüberwachung. Der Bezugspunkt der dortigen Subsidiaritätsklausel lautet „Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des *Mitbeschuldigten*". Diese Einschränkung war notwendig, da die Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung es nur erlaubt, die Äußerungen des *Beschuldigten* in seiner eigenen (§ 100c I Nr. 3, III 1 StPO) beziehungsweise in einer fremden Wohnungen, in er sich aufhält (§ 100c I Nr. 3, III 2 Nr. 1 StPO), zu überwachen.[490] Der Aufenthaltsort des Beschuldigten muss dazu zwangsläufig bekannt sein, so dass mit Hilfe der Maßnahme allenfalls der Aufenthaltsort eines Mitbeschuldigten ermittelt werden darf. Dies ist eine inhaltliche Abweichung vom üblichen Bezugspunkt im Sinn einer Einschränkung des Bezugspunktes. Denkbar wäre es auch gewesen zuzulassen, die Wohnungen von Kontaktpersonen akustisch zu überwachen, um den außerhalb dieser Wohnungen liegenden Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln. Davon hat der Gesetzgeber jedoch Abstand genommen und musste aus diesem Grunde den Bezugspunkt wie dargestellt einschränken.

cc) Alternative Formulierung: Aufklärung

Die dritte Abweichung vom gewöhnlichen Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" enthält die bereits bei der Abweichung vom Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts" besprochene Eingriffsermächtigung für den Einsatz des Verdeckten Ermittlers nach § 110a I 3 und 4 StPO. Das Ermittlungsziel lautet hier lediglich „Aufklärung" von Katalogtaten beziehungsweise von Verbrechen. Nach der Kommentarliteratur ist der abweichende Wortlaut unschädlich, die Abweichung also rein sprachlich, da zur „Aufklärung" im Sinne des § 110a I StPO neben der „Erforschung des Sachverhalts" auch die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" gehöre.[491] Das leuchtet vom Wortlaut her nicht auf Anhieb ein: Die „Aufklärung" von Straftaten hat in erster Linie mit der Klärung des Sachverhalts und der *Identität* des Täters sowie mit der Sicherung von Beweisen zu tun. Nach allgemeinem Sprachgebrauch kann eine Straftat auf Grund eindeutiger Beweise „aufgeklärt" sein, auch wenn der identifizierte mutmaßliche Täter unbekannten Aufenthalts ist. Auch der Umkehrschluss aus den üblichen Formulierungen in den anderen Subsidiaritätsklauseln, die zwischen der „Erforschung des Sachverhalts" einerseits, die der „Aufklärung" inhaltlich nahesteht, und der „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" andererseits unterscheiden, deutet eher darauf hin, dass zur „Aufklärung" im Sinne des

---

[490] Die Maßnahme darf allerdings Dritte unvermeidbar betreffen (§ 100c III 3 StPO).

[491] *Schäfer*, in: LR[25] Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 30, *Nack*, in: KK[6] (2008). § 110a Rn. 22, *Rudolphi*, in: SK (10. Lfg. April 1994), § 110a Rn. 10.

§ 110a I 3 und 4 StPO nicht die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ gehört.

Gegen die grammatische Auslegung spricht wie beim Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts“ jedoch die Entstehungsgeschichte der beiden Subsidiaritätsklauseln in § 110a I 3 und 4 StPO. Auf die dortigen Ausführungen ist daher vollumfänglich zu verweisen.[492] Diese weite Auslegung ist mit dem noch möglichen Wortsinns von „Aufklärung“ vereinbar und kann daher als Inhalt des Gesetzes gelten: Die Aufklärung von Straftaten wird auch mit ermittlerischem Vorgehen gegen den Beschuldigten assoziiert, dessen Aufenthaltsort dazu häufig bekannt sein muss.[493]

c) Gesetzliche Unstimmigkeiten

Nachdem zuletzt gesetzliche Abweichungen in dem Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ dargestellt worden sind, soll eine gesetzliche Unstimmigkeit aufgezeigt werden: § 98a I 1 StPO enthält die unmittelbare Zweckbestimmung, durch die positive beziehungsweise die negative Rasterfahndung aus einer Vielzahl von Personen Verdächtige festzustellen oder Nichtverdächtige auszuschließen.[494] Diese unmittelbare Zwecksetzung wird durch die Subsidiaritätsklausel in § 98a I 2 StPO dahingehend eingeschränkt, dass die Maßnahme nur anwendbar sein soll, wenn „ (…) die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.“ Dabei dient die (positive) Rasterfahndung nach ihrer unmittelbaren Zweckbestimmung gar nicht dazu, den Aufenthaltsort des Täters festzustellen, sondern ihn aus einer Masse von Personen herauszufiltern, zu identifizieren. Die Subsidiaritätsklausel ist nicht in der Lage, die unmittelbare Zweckbestimmung einer Maßnahme auszuweiten, sondern nur die Anwendung der Maßnahme zu ihrer unmittelbaren Zweckbestimmung einzuschränken. Die Subsidiaritätsklausel in § 98a I 2 StPO ist daher, soweit sie den Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters“ nennt, unstimmig.[495] [496]

---

[492] Siehe oben I 1 b) bb).

[493] Es zeigt sich, welche Unsicherheiten entstehen können, wenn der Gesetzgeber ohne Not die übliche Terminologie nicht anwendet. Es zeigt sich auch, dass die grammatische Auslegung nur bei sorgfältig ausgearbeiteten Gesetzen ihrer Funktion, den Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung zu bilden, vollauf gerecht werden kann. Werden Gesetzesentwürfe hastig verfasst oder auf Grund von Kompromisszwängen im Gesetzgebungsverfahren „in letzter Minute“ (womöglich von anderen Personen als dem ursprünglichen Entwurfsverfasser) umgeschrieben, rückt dagegen ihre teleologische oder historische Auslegung oft in den Vordergrund. Der grammatischen Auslegung kommt in solchen Fällen eine größere Rolle als Begrenzung der möglichen Auslegung zu.

[494] Dazu näher 3. Kapitel VI 2.

[495] Darauf hat zu Recht *Schroeder* GA 2005, 73 (74f.) m.w.N. hingeweisen.

[496] Bei den §§ 131 III, 131a III, IV 4 StPO hat der Gesetzgeber folgerichtig den Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts“ weggelassen, siehe oben unter I 1 b) aa). Bei § 98a I 2 StPO hat er es mit dem Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthalts des Täters“ versäumt.

3. Verhältnis der Ermittlungsziele zueinander

Die Ermittlungsziele „Erforschung des Sachverhalts“ und „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ bilden alternative Bezugspunkte einer Subsidiaritätsklausel: Eine subsidiäre Maßnahme darf sowohl zur „Erforschung des Sachverhalts“ wie auch zur „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ angeordnet werden. Dies ergibt sich aus der Konjunktion „oder“, die beide Ermittlungsziele verbindet. In einem Verfahren können subsidiäre Maßnahmen eines der Ermittlungsziele verfolgen, beide nacheinander oder beide gleichzeitig:[497]

Am häufigsten werden die Maßnahmen allein zur „Erforschung des Sachverhalts“ angeordnet. Sie dürfen jedoch auch zuerst gegen Kontaktpersonen durchgeführt werden, um den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln und anschließend den Beschuldigten zur Erforschung des Sachverhalts zu überwachen.[498] In diesem Fall dienen die Maßnahmen zunächst dem im Gesetz unmittelbar genannten Ziel „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“, erst danach der „Erforschung des Sachverhalts“. Auch die umgekehrte Reihenfolge ist möglich: Der Sachverhalt wird mit Hilfe subsidiärer Maßnahmen fertig ausermittelt. Der zu verhaftende Beschuldigte taucht unter und wird nun mit Hilfe einer subsidiären Maßnahme gesucht. Überwacht die Polizei die Telekommunikation eines Mitbeschuldigten, um einerseits den Sachverhalt zu erforschen und andererseits den Aufenthaltsort des flüchtigen zweiten Beschuldigten zu ermitteln, werden beide Ermittlungsziele gleichzeitig verfolgt.

II. Konkurrierende Ermittlungsmaßnahmen

Nach dem eben behandelten Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln sind die konkurrierenden Maßnahmen ihr zweites Element. Das sind alle Maßnahmen, die geeignet sind, den Bezugspunkt zu erreichen, und von denen mindestens eine gegenüber den anderen nachrangig ist.[499] Ihre Erfolgsaussichten beziehungsweise ihren Aufwand wägt der Rechtsanwender im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln bei der Prognose ab, die über die Zulässigkeit der subsidiären Maßnahme im konkreten Fall entscheidet.

1. Normalfall

Bei den konkurrierenden Ermittlungsmaßnahmen erkennt der Rechtsanwender die subsidiären Maßnahmen zwangsläufig an der Tatsache, dass ihre Eingriffsermächtigungen Subsidiaritätsklauseln enthalten. Die diesen Maßnahmen grundsätzlich vorrangigen, alternativen Maßnahmen sind dagegen für den Rechtsanwender

[497] Bei der Konjunktion handelt es sich also um kein so genanntes „exklusives Oder“, das nur entweder die eine oder die andere Möglichkeit zulässt. Vielmehr bedeutet hier das „Oder“, dass wenigstens ein Ermittlungsziel verfolgt werden muss.
[498] Beispiel nach *Schroeder* GA 2005, 73 (78).
[499] Vgl. 2. Kapitel B II 2.

aus dem bloßen Gesetzestext nicht konkret erkennbar: Sie werden in den meisten Subsidiaritätsklauseln pauschal mit einem ermittelnden Vorgehen „auf andere Weise“ beschrieben.[500] Der Rechtsanwender muss diese Maßnahmen fallspezifisch individualisieren. Die pauschale Umschreibung „auf andere Weise“ bedarf einer kurzen Betrachtung:

a) Grundsatz

Ermittlungen „auf andere Weise“ sind Ermittlungen mit alternativen Maßnahmen, ohne Anwendung der subsidiären Maßnahme.[501]

b) Einschränkung: Zulässigkeit der alternativen Maßnahmen

Allerdings ist diese Definition weiter einzugrenzen. Die Erforschung des Sachverhalts und die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten „auf andere Weise“ sind allein nach dem Wortlaut schier grenzenlos: Alle potenziell zielführenden Mittel kämen als alternative Maßnahmen in Frage, da die Wendung „auf andere Weise“ keine ausdrücklichen Einschränkungen enthält. Ließe sich dem Beschuldigten beispielsweise Drogenhandel nachweisen, indem sein Wohnzimmer, in dem der Handel stattfindet, unbemerkt durch ein Fenster gefilmt wird, wäre diese Maßnahme nach dem bloßen Wortlaut zu berücksichtigen. Durch das Filmen des Wohnzimmers wird der Sachverhalt „auf andere Weise“ als durch die subsidiäre Maßnahme erforscht. Indessen ist die optische Wohnraumüberwachung eine nach der Strafprozessordnung nicht zulässige Ermittlungsmaßnahme. Das Element „auf anderer Weise“ ist daher schon auf Grund des Gesetzesvorbehalts in rechtlicher Hinsicht dahingehend einzuschränken, dass nur die in der Strafprozessordnung normierten Ermittlungsmaßnahmen in die Abwägung einzustellen sind.

Darüber hinaus besteht eine zweite Einschränkung in rechtlicher Hinsicht: Die alternative Ermittlungsmaßnahme muss nicht nur der Strafprozessordnung überhaupt bekannt, sondern im konkreten Fall auch zulässig sein. Ist eine Maßnahme bei einer bestimmten Sachverhaltskonstellation auf Grund ihrer höheren Anordnungsvoraussetzungen – etwa auf Grund eines strengeren Straftatenkatalogs – gar nicht zulässig, stellt sie in dem konkreten Einzelfall keine alternative Maßnahme dar. Sie steht der Strafverfolgungsbehörde von Rechts wegen gar nicht zur Verfügung und ist daher keine im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln abzuwägende alternative Maßnahme.

c) Einschränkung: Verfolgung gleicher Ziele

Das Element „auf andere Weise“ ist daneben auch in anderer Hinsicht einer Einschränkung unterworfen: Zu den alternativen, gegenüber der subsidiären Maßnahme grundsätzlich vorrangigen Maßnahmen zählen nicht alle Ermittlungsmaß-

---

[500] Siehe 2. Kapitel B II 2.

[501] *Rieß*, GS Meyer, S. 384. Darauf wird noch unten unter B IV 1 b) genauer einzugehen sein.

nahmen der Strafprozessordnung, sondern nur die, die in der Lage sind, die gleichen Ermittlungsziele wie die subsidiäre Maßnahme zu verfolgen.[502] Dies ergibt sich parallel zu der oben geschilderten, bei den einzelnen Maßnahmen bestehenden, faktischen Einschränkung des Bezugspunkts „Ermittlung des Sachverhalts“: Die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme kann von ihrer Art her meistens nur einen ganz speziellen Ausschnitt des gesamten Sachverhalts ermitteln, den vielleicht noch eine oder bestenfalls zwei andere Maßnahmen ermitteln können.[503] Hinsichtlich der Ermittlungen „auf andere Weise“ heißt das zwingend: Alternative Ermittlungsmaßnahmen können nur solche sein, die im konkreten Fall Gleiches wie die subsidiäre Maßnahme leisten können.

Bei den konkurrierenden Ermittlungsmaßnahmen ist es erforderlich, sich genauer damit auseinanderzusetzen, was eigentlich „das gleiche Ziel“ ist. Die Definition entscheidet darüber, ob andere Maßnahmen als alternative Maßnahmen zu betrachten sind und ihr Einsatz gegen den Einsatz der subsidiären Maßnahme abzuwägen ist.[504]

Der Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ ist sehr punktuell. Das Ziel der Maßnahme kann inhaltlich gar nicht eingeschränkt oder ausgeweitet werden.[505] Jede Maßnahme, die den „Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ ermitteln kann, verfolgt daher automatisch das gleiche Ziel.

Anders verhält es sich beim Bezugspunkt „Erforschung des Sachverhalts“. Eine einzelne Maßnahme allein kann meistens – wie dargestellt – den gesamten Sachverhalt gar nicht erforschen. Das Ziel einer Maßnahme kann daher im konkreten Fall schon allein faktisch nicht global als „Erforschung des gesamten Sachverhalts“ definiert werden. Es ist vielmehr der Inhalt dessen, was die Maßnahme im konkreten Einzelfall ermittelt soll, der allein das Ziel der Maßnahme bestimmt. Bei der Bestimmung dieses Inhalts spielt eine objektive und eine subjektive Komponente eine Rolle: Das Ziel einer Maßnahmen ist der Ausschnitt des gesamten Sachverhalts, den die jeweilige Maßnahme von ihrer Art her zu erforschen imstande ist *und* den sie nach dem Willen der Ermittlungsbehörde ermitteln soll. Dieser Ausschnitt kann – je nachdem, was die Maßnahme erforschen kann und soll – kleiner oder größer sein. Das ist eine Frage des Einzelfalls. Dieser Ausschnitt des Sachverhalts ist im Sinne von gewünschten Erkenntnissen über ermittlungsrelevante Tatsachen zu verstehen, dagegen nicht im Sinne von Umständen, unter denen sie gewonnen werden oder gar den Maßnahmen selbst, die zu ihrer Gewinnung angewandt werden sollen.

---

[502] Vgl. bereits oben 2. Kapitel B I m.w.N.

[503] Siehe B I 1 a).

[504] Im Endeffekt hat dies Einfluss auf die Ermittlungsintensität: Die Auslegung des Begriffs „Maßnahmen mit gleichem Ziel“ entscheidet bereits im Vorfeld darüber, ob subsidiäre Ermittlungsmaßnahmen mit anderen Maßnahmen überhaupt und ggf. mit welchen konkurrieren. Eine enge Auslegung des Begriffs „Maßnahmen mit gleichem Ziel“ schafft weniger konkurrierende Maßnahmen und erlaubt umfangreichere Ermittlungen und umgekehrt.

[505] Siehe zum Begriff „Aufenthaltsort“ oben unter I 2 a).

Ein Beispiel: Die Staatsanwaltschaft ermittelt wegen eines Tötungsdelikts. Der Tatablauf konnte auf Grund des Spurenbilds am Tatort und der Obduktion der Leiche gut rekonstruiert werden. Die Täterschaft ist noch ungeklärt. Es gibt keine Zeugen. Die Staatsanwaltschaft verdächtigt auf Grund bestimmter Umstände jedoch zwei Personen, das Opfer gemeinschaftlich getötet zu haben, hat dafür aber noch keine stichhaltigen Beweise. Sie geht davon aus, die Beschuldigten werden sich über die begangene Tat miteinander unterhalten und möchte diese Gespräche zu Beweiszwecken belauschen. Die Strafprozessordnung stellt ihr dazu drei Möglichkeiten zur Verfügung: Nach § 100c StPO dürfen Gespräche innerhalb einer Wohnung, nach § 100f StPO außerhalb der Wohnung und nach § 100a StPO Telefonate abgehört werden. Die drei Maßnahmen verfolgen das gleiche Ziel: Gesprächsinhalte abzuhören, die die Täterschaft der Beschuldigten beweisen. Das Ziel bestimmt sich objektiv aus der Tatsache, dass alle drei Maßnahmen in der Lage sind, Gespräche abzuhören. Subjektiv bestimmt es sich nach dem Willen der Ermittlungsbehörde, gerade die Gesprächsinhalte, die auf die Täterschaft schließen lassen, abzuhören. Andere Gesprächsinhalte gehören nicht zum Ziel der Maßnahmen. Die drei Maßnahmen sind, da sie das gleiche Ziel verfolgen, folglich konkurrierende Maßnahmen im Sinne der Subsidiaritätsklauseln.[506]

Als Ergebnis des Abschnitts ist festzuhalten: Subsidiäre Maßnahmen sind nur dann zulässig, wenn die Ermittlungsziele „auf andere Weise“ nicht erreicht werden könnten. Subsidiäre Maßnahmen konkurrieren bei ihrer Zulässigkeit daher mit alternativen Maßnahmen. Bei diesen handelt es sich um normierte strafprozessuale Maßnahmen, die im konkreten Fall auch zulässig sind. Zu den alternativen Maßnahmen zählen ferner nur solche, die das gleiche Ziel wie die subsidiäre Maßnahme verfolgen. Das gleiche Ziel verfolgen sie dann, wenn sie wie die subsidiäre Maßnahme in der Lage sind, den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln oder einen bestimmten Teil des Sachverhalts zu erforschen, den die subsidiäre Maßnahme von ihrer Art erforschen kann und nach dem Willen der Ermittlungsbehörde erforschen soll.

2. Abweichung: Präzisierung alternativer Maßnahmen

Subsidiaritätsklauseln umschreiben die konkurrierenden Ermittlungsmaßnahmen nicht immer mit den Worten „auf andere Weise“. Es gibt zwei Ausnahmen, die jedoch nur sprachliche und keine inhaltlichen Abweichungen darstellen. Sie präzisieren teilweise nur die obige Auslegung des Ausdrucks „auf andere Weise“ und bestätigen sie dadurch:

Nach § 110a I 4 StPO dürfen Verdeckte Ermittler zur Aufklärung von Verbrechen neben weiteren Anordnungsvoraussetzungen nur dann eingesetzt werden,

[506] Dass alle drei genannten Maßnahmen einer Subsidiaritätsklausel unterworfen sind, war ein Zufall. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass selbstverständlich auch nichtsubsidiäre Maßnahmen im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln mit subsidiären Maßnahmen konkurrieren können.

wenn „andere Maßnahmen" aussichtslos wären. Dieser Ausdruck ist präziser als „auf andere Weise", da er von anderen Maßnahmen (der Strafprozessordnung) spricht und die einsetzbaren Mittel dadurch genauer beschreibt.

Gemäß § 131 III StPO ist die Öffentlichkeitsfahndung zur Festnahme des Beschuldigten zulässig, wenn „andere Formen der Aufenthaltsermittlung" erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wären. Mit „andere Formen" verwendet der Gesetzgeber für alternative Ermittlungsmaßnahmen zwar einen ähnlich unpräzisen Ausdruck wie „auf andere Weise". Dafür stellt die Formulierung in § 131 III StPO klar, dass die alternativen Maßnahmen und die subsidiäre Maßnahme das gleiche Ziel verfolgen müssen: Die alternativen Maßnahmen müssen „andere Formen *der Aufenthaltsermittlung*" sein.[507]

III. Bedingungen der Vorrangigkeit

Das dritte Element der Subsidiaritätsklauseln sind die „Bedingungen der Vorrangigkeit". Sie bestimmen in ihrer direkten Funktion darüber, unter welchen Voraussetzungen eine grundsätzlich subsidiäre Maßnahme ausnahmsweise vorrangig angewandt werden darf.[508] Die Bedingungen stellen in verschiedenen abgestuften Formen auf den Ermittlungserfolg (1.) und die Ermittlungserschwernis (2.) ab und sollen nachfolgend näher untersucht werden.

1. Ermittlungserfolg

Die erste Gruppe der Bedingungen der Vorrangigkeit erlaubt es, die grundsätzlich subsidiäre Maßnahme vorrangig anzuwenden, wenn es in einem bestimmten Ausmaß weniger erfolgversprechend wäre, die Ermittlungsziele „auf andere Weise", also mit alternativen Maßnahmen, zu erreichen.[509] Es kommt darauf an, ob die Erfolgsaussichten ohne die subsidiäre Maßnahme in einem bestimmten Maße schlechter wären.[510] Wie weit dieses Ausmaß reicht und wie es zu definieren ist, ist nachfolgend zu untersuchen. Dabei geht die Untersuchung zuerst unter a) kurz darauf ein, was überhaupt der Gegenstand des Erfolges ist. Anschließend geht sie unter b) – d) auf die diesbezüglich in den Subsidiaritätsklauseln vorgenommenen Abstufungen ein.

a) Gegenstand des Erfolgs

Zunächst ist zu klären, welchen Erfolg die Maßnahmen versprechen sollen: Mit Erfolg ist die Herbeiführung der Ermittlungsziele gemeint, also der „Erforschung

---

[507] In § 131 III StPO hat der Gesetzgeber die alternativen Ermittlungsmaßnahmen präzisieren können, da § 131 StPO nur den Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" und nicht „Erforschung des Sachverhalts" hat, vgl. oben I 1 b) aa). Siehe auch schon *Rieß*, FS Meyer, S. 382.

[508] Vgl. zum Begriff „Bedingungen der Vorrangigkeit" und ihrer Doppelfunktion 2. Kapitel B II 3 a).

[509] Siehe 2. Kapitel B II 3 b).

[510] Auf die diesbezügliche Prognose wird unten unter IV genauer einzugehen sein.

des Sachverhalts“ oder der „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“.[511]

b) „weniger erfolgversprechend“

Doch wann sind alternative Ermittlungsmaßnahmen „weniger erfolgversprechend“? Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht unterscheidet sich diese Bedingung inhaltlich nicht vom allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den erfolgversprechenderen Einsatz (der subsidiären Maßnahme) voraussetze.[512]

Dieser Ansicht liegt ein falsches Verständnis vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinem Merkmal der „Erforderlichkeit“ zu Grunde, der gar nicht verlangt, dass eine Maßnahme erfolgversprechender sein müsse, um auch erforderlich zu sein. Die Erforderlichkeit prüft vielmehr nur gleicheffektive (erfolgversprechende) Maßnahmen. Ist eine Maßnahme weniger erfolgversprechend als die zu untersuchende (subsidiäre) Maßnahme, ist sie im Rahmen der Erforderlichkeit von vornherein nicht zu berücksichtigen.[513] Das führt zu einem Ergebnis, das die zitierte Meinung offensichtlich im Sinn hat: Eine Maßnahme, die effektiver als die subsidiäre ist, verstößt von vornherein nicht gegen die Erforderlichkeit, da sie dort gar nicht geprüft wird. Tatsächlich unterscheidet sich die Bedingung der Vorrangigkeit „weniger erfolgversprechend“ von der Erforderlichkeit in einem wesentlichen Punkt: Eine subsidiäre Maßnahme ist im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich, wenn sie im gleichen Maße erfolgversprechend (effektiv), jedoch milder ist.[514] Bereits nach ihrem Wortlaut hat die obige Bedingung der Vorrangigkeit einen anderen Ansatz und ist daher neben der Erforderlichkeit nicht überflüssig: Die subsidiäre Maßnahme darf *nur* angewandt werden, wenn alternative Maßnahmen „weniger erfolgversprechend“ wären, dagegen nicht bei gleichguten Erfolgsaussichten.

Drüber hinaus sind jedoch keine Anforderungen an die Bedingung „weniger erfolgversprechend“ zu stellen, insbesondere ist kein Ausmaß zu fordern, in dem die Ermittlungen „auf andere Weise“ „weniger erfolgversprechend“ sein müssen. Ein solches Ausmaß lässt sich aus dem Wortlaut der Bedingung der Vorrangigkeit im Gegensatz zu „erheblich weniger erfolgversprechend“ eben nicht ableiten.[515] Alternative Ermittlungsmaßnahmen sind demnach „weniger erfolgversprechend“, wenn die Wahrscheinlichkeit beliebig kleiner ist, mit ihrer Hilfe den Sachverhalt erforschen oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten ermitteln zu können.

---

[511] Zu der Auslegung der beiden Bezugspunkte siehe oben unter I 1 und 2.
[512] *Schäfer*, in LR[25] , Bd. 2 (2004) § 100c Rn. 32, vgl. auch *Gercke*, S. 134 und *ders.*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94ff. Rn. 16.
[513] Vgl. eingehend oben 5. Kapitel B II 3.
[514] Siehe 5. Kapitel B II 3.
[515] So auch *Rieß* NJ 1992, 491 (496).

c) „erheblich weniger erfolgversprechend"

Wann Ermittlungen „auf andere Weise" „erheblich weniger erfolgversprechend" sind, wird in der Literatur unterschiedlich definiert:

Nach einer Ansicht sind alternative Ermittlungsmaßnahmen dann „erheblich weniger erfolgversprechend", wenn mindestens auf Grund kriminalistischer Erfahrung bei Unterlassen der subsidiären Maßnahme ein deutliches Aufklärungsdefizit prognostiziert werden könne.[516] Nach anderer Auffassung, die sich auf die Begründung des Entwurfs zum OrgKG 1992 stützt, sind alternative Maßnahmen „erheblich weniger erfolgversprechend", wenn mit ihrer Hilfe die vollständige Aufklärung der Straftat nicht annährend in dem Maße erreicht werden könne, wie dies beim Einsatz der subsidiären Maßnahme als möglich erscheine.[517] Teilweise wird auch spiegelbildlich definiert, wie erfolgversprechend die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme zu sein habe: Sie müsse eine erheblich größere Aufklärungswahrscheinlichkeit aufweisen oder die Chance begründen, den Sachverhalt in einem größeren Umfang aufzuklären,[518] ihre Erfolgsaussichten müssen entscheidend höher sein,[519] oder sie müsse unter den konkreten Umständen die eindeutig überlegene Ermittlungshandlung sein, mit der verglichen der Einsatz anderer Aufklärungsmethoden einem kriminalistisch unvertretbaren Verzicht auf naheliegende Ermittlungschancen und damit einer Gefährdung des Untersuchungserfolges gleichkäme.[520] Einzelne Stimmen suchen die Abgrenzung, indem sie umschreiben, wann Ermittlungen „auf andere Weise" *nicht* „erheblich weniger erfolgversprechend" sind: wenn der andere Weg einen im Wesentlichen gleichartigen Erfolg verspricht.[521]

Die Definitionen unterscheiden sich in Feinheiten. Eine griffige, alle Ungewissheiten beseitigende Subsumption ermöglicht jedoch keine von ihnen: Sie umschreiben „erheblich weniger erfolgversprechend" mit Worten, die genauso unbestimmt sind und allenfalls eine etwas bessere Vorstellung von dem zu definierenden Begriff und damit eine Annäherung an ihn liefern. Warum das gar nicht anders möglich ist, erklärt *Larenz* wie folgt:[522]

> *Vage Begriffe wie ‚geringfügig', ‚unerheblich', ‚überwiegend' haben eine ‚schwankende' Bandbreite, innerhalb derer nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden kann, ob dieser Fall noch darunter fällt oder nicht. Subsumieren ließe sich unter sie nur, wenn man sie in*

[516] *Rieß*, GS Meyer, S. 384, *Wolter*, in: SK (16. Lfg. Mai 1997), § 163e Rn. 18, *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 18, *Graf*, S. 96f.

[517] BT-Drucks. 12/989, S. 37, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 98a Rn. 14, *Jäger*, in: KMR (37. Lfg. Mai 2004), § 98a Rn. 17, *Siebrecht* CuR 1996, 545 (548), *Gercke*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94ff. Rn. 16.

[518] *Wohlers*, in: SK (56. Lfg. Februar 2008), § 98a Rn. 18.

[519] *Malek*, 7. Kapitel Rn. 202.

[520] *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 408f.

[521] *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 98a Rn. 3.

[522] *Larenz*, Methodenlehre, 1. Kapitel 6, S. 47f.

feste Mengen- oder Zeitgrößen umformen könnte. Gerade das hat der Gesetzgeber aber nicht getan; er wollte einen gewissen Beurteilungsspielraum lassen.

Eine weitere Annäherung (aber nicht mehr) bieten folgende Überlegungen: Der Vergleich mit den anderen erfolgsbezogenen Bedingungen der Vorrangigkeit zeigt, dass die alternativen Ermittlungsmethoden auf der einen Seite nicht lediglich „weniger erfolgversprechend" sein dürfen, auf der anderen Seite aber nicht schon „aussichtslos" sein müssen. „Erheblich weniger erfolgversprechend" steht zwischen „weniger erfolgversprechend" und „aussichtslos", allerdings nicht zwangsläufig in der Mitte. An welcher Stelle es dort steht, ist von der Seite der Bedingung der Vorrangigkeit „weniger erfolgversprechend" her zu bestimmen, da auf sie Bezug genommen wird: Das Wort „erheblich" bestimmt den Abstand zu „weniger erfolgversprechend" und damit letztendlich das Maß, in dem die alternativen Maßnahmen weniger erfolgversprechend sein müssen, damit die subsidiäre Maßnahme vorrangig angewandt werden darf.

Wörterbücher umschreiben „erheblich" mit „beträchtlich" oder „ins Gewicht fallend".[523] Die Umschreibungen wecken zwar unterschiedliche, im Einzelnen nicht genau quantifizierbare Vorstellungen vom Begriff „erheblich". Das ist die „schwankende Bandbreite" des Begriffs, von der *Larenz* gesprochen hat. Eins ist den Umschreibungen jedoch gemeinsam und kann als Ansatz für eine Definition dienen, die die schwankende Bandbreite des Begriffs berücksichtigt: Die Umschreibungen schließen lediglich kleine Unterschiede aus. Ermittlungen „auf andere Weise" wären nach diesem Ansatz „erheblich weniger erfolgversprechend", wenn die Wahrscheinlichkeit mit ihrer Hilfe den Sachverhalt erforschen oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten ermitteln zu können, nicht lediglich in einem Maße geringerer ist, das so klein ist, dass der Einsatz der subsidiären Maßnahme nicht gerechtfertigt erscheint.[524]

d) „aussichtslos"

Auch für die Bedingung der Vorrangigkeit „Aussichtslosigkeit" der Ermittlungen gibt es mehrere Definitionen, die leicht divergieren, obwohl der Begriff viel bestimmter ist als „erheblich weniger erfolgversprechend":

Alternative Ermittlungsmaßnahmen sind nach den verschiedenen Definitionen „aussichtslos", wenn andere erfolgversprechende Aufklärungsmethoden nicht vorhanden oder nicht erreichbar sind,[525] wenn andere Ermittlungsmöglichkeiten fehlen oder mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg versprechen,[526] wenn andere Aufklärungsmittel keine Aussicht auf Erfolg versprechen oder deren Er-

---

[523] *DUDEN*, Stichwort: „erheblich"

[524] Auch diese Definition bringt jedoch keine Anwendungssicherheit, weil sie nicht quantifiziert, sondern das Auslegungsproblem auf das Wort „klein" verlagert.

[525] *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (221), *Gercke*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94ff. Rn. 16.

[526] *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 43, § 110a Rn. 30, *Bär*, in: KMR (52. Lfg. Dezember 2008), § 100a Rn. 24.

folgsaussichten wesentlich geringer zu veranschlagen sind,[527] wenn andere Aufklärungsmittel fehlen oder die Erfolgsaussichten der subsidiären Maßnahme entscheidend höher zu veranschlagen sind,[528] wenn andere Ermittlungsmaßnahmen fehlen oder wenn ihr Einsatz offensichtlich keinen mit der subsidiären Maßnahme vergleichbaren Erfolg erwarten lässt; es müsse bei realistischer Betrachtung als fast ausgeschlossen erscheinen, dass das Ermittlungsziel ohne den (gegebenenfalls zusätzlichen) Einsatz der subsidiären Maßnahme erreicht werden könne.[529]

Den Definitionen lassen sich fast durchgehend zwei wichtige Alternativen entnehmen, die man vereinfacht wie folgt beschreiben kann: Andere als die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme stehen nicht zur Verfügung. Andere als die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme stehen zwar zur Verfügung, reichen jedoch nicht aus, um die Ermittlungsziele zu erreichen. Diese beiden Alternativen gilt es etwas näher zu untersuchen:

Erstens sind Ermittlungen „auf andere Weise" dann „aussichtslos", wenn alternative Ermittlungsmaßnahmen erst gar nicht zur Verfügung stehen. Das kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der Fall sein. Sie stehen aus tatsächlichen Gründen nicht zur Verfügung, wenn keine anderen Ermittlungsansätze vorhanden sind,[530] oder wenn Beweismittel nicht erreichbar sind.[531] Alternative Ermittlungsmaßnahmen stehen aus rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung, wenn sie einem Beweiserhebungsverbot unterliegen.

Zweitens sind Ermittlungen „auf andere Weise" dann „aussichtslos", wenn alternative Ermittlungsmaßnahmen zwar zur Verfügung stehen, jedoch nicht ausreichen, um die Ermittlungsziele zu erreichen. Auch in diesem Fall wären die Ermittlungen „auf andere Weise" „aussichtslos".[532] In diesem Zusammenhang ist es wichtig festzustellen, inwieweit die alternativen Maßnahmen unzureichender sein

---

[527] Rudolphi, FS Schaffstein, S. 436f. und SK (10 Lfg. April 1994), § 100a Rn. 13, *Wienroeder*, in: Franke/Wienroeder[3], Teil II, § 110a Rn. 56.
[528] *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 13.
[529] *Rieß*, GS Meyer, S. 384.
[530] Auf welche Sicht und welchen Zeitpunkt hierbei abzustellen ist, schildert dieses Kapitel unter „IV. Prognose".
[531] Im Ermittlungsverfahren wird man an die Nichterreichbarkeit – namentlich an die Beschaffungsbemühungen – allerdings nicht so hohe Anforderungen zu stellen haben wie bei der Ablehnung von Beweisanträgen nach § 244 III 2 StPO. Das ergibt sich aus folgendem funktionalen Unterschied: Bei § 244 III 2 StPO geht es „nur" darum, unter welchen Umständen ein Beweisantrag in der Hauptverhandlung abgelehnt werden darf. Die Zulässigkeit einer weiteren, möglicherweise zielführenden Ermittlungsmaßnahme hängt von der Nicht-erreichbarkeit des Beweismittels nicht ab. Das ist bei der hier diskutierten Bedingung der Vorrangigkeit anders: Kann die grundsätzlich vorrangige Ermittlungsmaßnahme den Beweis wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels nicht erheben, ist gemäß § 160 II StPO schnell eine andere (subsidiäre) Maßnahme anzuordnen, um Beweismittelverluste zu verhindern. Beweismittel müssen in diesem Zusammenhang deswegen dann als nicht erreichbar gelten, wenn zu prognostizieren ist, dass sie nicht innerhalb einer Frist beschafft werden können, innerhalb derer sie noch zur Erreichung der Ermittlungsziele beitragen können.
[532] Die zitierte Definition von *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (221), und *Gercke*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94 ff. Rn. 16, ist daher unvollständig, da sie auf diese Alternative nicht abhebt.

müssen, damit die subsidiäre Maßnahme wegen Aussichtslosigkeit der alternativen Maßnahmen angeordnet werden darf:

Die eingangs zitierten Definitionen geben dazu teilweise an, um wie viel der prognostizierte Erfolg der alternativen Maßnahmen geringer sein müsse („Erfolgsaussichten wesentlich geringer zu veranschlagen")[533] beziehungsweise spiegelbildlich der prognostizierte Erfolg der subsidiären Maßnahme höher sein müsse („die Erfolgsaussichten der subsidiären Maßnahme entscheidend höher zu veranschlagen").[534] Darauf kommt es jedoch nicht an: Es ist nicht relevant, dass die Erfolgsaussichten bei Anwendung der subsidiären Maßnahme um einen bestimmten, erheblichen Prozentsatz steigen. Entscheidend ist, dass die Ermittlungen bei Durchführung der subsidiären Maßnahme nicht mehr „aussichtslos" wären. Das kann auch der Fall sein, wenn die Anwendung der subsidiären Maßnahme die Erfolgsaussichten zwar nur verhältnismäßig geringfügig steigert, dabei jedoch die Schwelle von „aussichtslos" zu „aussichtsreich" überschritten wird. Das Kriterium ist also, diese Schwelle überhaupt und nicht in einer bestimmten Höhe zu überschreiten.

Präziser ist in diesem Bereich daher die Definition, nach der „Aussichtslosigkeit" vorliegt, wenn alternative Ermittlungsmethoden mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg versprechen.[535] Noch klarer ist allerdings die Definition von *Rieß* – vor allem in ihrem zweiten Teil: Es muss bei realistischer Betrachtung als fast ausgeschlossen erscheinen, dass das Ermittlungsziel ohne den (gegebenenfalls zusätzlichen) Einsatz der subsidiären Maßnahme erreicht werden kann.[536] *Rieß* spricht aus, was sich in der vorhergehenden Definition und im Gesetzestext selbst nur aus dem Umkehrschluss ergibt: Es reicht nicht aus, dass die Ermittlungen „auf andere Weise" „aussichtslos" sind – und bei Durchführung der subsidiären Maßnahme „aussichtslos" bleiben. Nur der mögliche Ermittlungserfolg legitimiert die zusätzliche Durchführung der typischerweise stärker belastenden subsidiären Maßnahme. *Rieß'* Definition hat auch den Vorteil, dass sie dem Bedeutungsgehalt der Bedingung der Vorrangigkeit „aussichtslos" – im Gegensatz zu den oben kritisierten Definitionen – keine große Bandbreite zuerkennt („muss … als fast ausgeschlossen erscheinen"). Das entspricht dem sehr bestimmten Begriff „aussichtslos" viel mehr. Gleichwohl trägt die Definition auch der jeder Prognose innewohnenden Restunsicherheit Rechnung, indem sie auf die Sicht des Rechtsanwenders abstellt („erscheinen").

Die abschließende Definition könnte daher lauten: Ermittlungen „auf andere Weise" sind „aussichtslos", wenn alternative Ermittlungsmaßnahmen aus tatsäch-

---

[533] *Rudolphi*, FS Schaffstein, S. 436 f. und SK (10 Lfg. April 1994), § 100a Rn. 13, *Wienroeder*, in: Franke/Wienroeder[3], Teil II, § 110a Rn. 56.
[534] *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 13.
[535] *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), §100a Rn. 43, § 110a Rn. 30, *Bär*, in: KMR (52. Lfg. Dezember 2008), § 100a Rn. 24.
[536] *Rieß*, GS Meyer, S. 384.

lichen oder rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung stehen, oder zwar zur Verfügung stehen, aber die Erreichung der Ermittlungsziele ohne die (zusätzliche) Anordnung der subsidiären Maßnahme als fast ausgeschlossen erscheint.

2. Ermittlungserschwernis

Die zweite Gruppe der Bedingungen der Vorrangigkeit erlaubt es, die grundsätzlich subsidiäre Maßnahme vorrangig anzuwenden, wenn es in einem bestimmten Ausmaß schwerer wäre, die Ermittlungsziele „auf andere Weise" zu verfolgen.[537] Diese Gruppe stellt nicht auf den Erfolg der Ermittlungen, sondern auf die Erschwernisse auf dem Weg dorthin ab. Zunächst ist unter a) zu untersuchen, um welche Erschwernisse es sich überhaupt handelt. Anschließend sind unter b) – d) die diesbezüglich in den Subsidiaritätsklauseln vorgenommenen Abstufungen zu behandeln.

a) Gegenstand der Erschwernis

Subsidiäre Maßnahmen können vorrangig angewandt werden, wenn Ermittlungen „auf andere Weise" „erschwert" wären. „Erschweren" bedeutet: „durch Widerstand, Hindernisse oder Ähnliches schwierig, mühevoll machen."[538] Dabei werden in der Literatur drei vermeintliche „Erschwernisse" der Ermittlungen diskutiert: größerer Zeit- und Arbeitsaufwand, höhere Kosten. Die Auswahl dieser drei Punkte geht offensichtlich auf die Begründung im Gesetzesentwurf zur ersten Subsidiaritätsklausel der Strafprozessordnung (§ 100a StPO) zurück, in der es – zur Erinnerung – heißt:[539]

> *Eine weitere, rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechende Beschränkung für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs liegt darin, dass diese Maßnahmen subsidiärer Natur sind und nicht angeordnet werden dürfen, wenn die Sachaufklärung auch auf anderem Wege, etwa durch die Auskunft nach § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen, ohne unverhältnismäßig größeren Arbeits-, Zeit- oder Kostenaufwand möglich ist. Erst wenn andere Wege der Sachaufklärung fehlen oder nur unter erheblich größeren Schwierigkeiten gangbar wären, ist die Überwachung des Fernmeldeverkehrs zulässig.*

Aus der Begründung ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber zu den „Erschwernissen" zumindest einen größeren Arbeits-, Zeit- und Kostenaufwand gezählt hat.[540] Die Verwendung des Oberbegriffs „Erschwernis" spricht auch dagegen, dass nur ein einziger konkreter Aspekt wie der Zeitaufwand ihm unterfallen sollte, da der Gesetzgeber anderenfalls den konkreten Begriff verwendet hätte. In der Literatur existieren unterschiedliche Ansichten, welche einzelnen Aspekte die Ermittlungen

[537] Siehe 2. Kapitel B II 3 b).
[538] *DUDEN*, Stichwort: „erschweren".
[539] BT-Drucks. V/1880, S. 7.
[540] Siehe auch *Rieß*, GS Meyer, S. 385 Fn. 67.

im Sinne der Subsidiaritätsklauseln „erschweren“, wobei die Meinungen meistens nur vertreten und nicht weiter begründet werden.

aa) Zeitaufwand

Einig sind sich die Meinungen beim Zeitaufwand: Erfordert die grundsätzlich vorrangige Maßnahme einen höheren Zeitaufwand, der zu einer Verfahrensverzögerung führen würde, erschwert die Anordnung dieser Maßnahme, den Sachverhalt zu erforschen oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln.[541] Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen: Bei einem erhöhten Zeitaufwand muss die ermittelnde Person insgesamt mehr Energie aufwenden und eine größere Ausdauer aufbieten. Die Ermittlungen werden dadurch mühevoller.[542]

bb) Arbeitsaufwand

Keine Einigkeit besteht dagegen beim Arbeitsaufwand. Nach einem Teil der Stimmen werden Ermittlungen durch einen erhöhten Arbeitsaufwand nicht „erschwert“.[543] Ein anderer Teil der Stimmen vertritt die Ansicht, ein erhöhter Arbeitsaufwand könne (grundsätzlich) die Ermittlungen erschweren.[544]

Die Vertreter der ablehnenden Meinung argumentieren, der Gesetzgeber habe bei der Rasterfahndung in § 98a III 1 StPO festgeschrieben, es seien alle Daten zu übermitteln, wenn sie von den an sich zu übermittelnden Daten nur mit *unverhältnismäßigem Aufwand* getrennt werden könnten. Mit diesem Aufwand habe der Gesetzgeber den Arbeitsaufwand gemeint.[545] Er hätte daher bei den erschwernisorientierten Bedingungen der Vorrangigkeit in § 98a I 2 StPO ebenfalls vom *Aufwand* sprechen müssen, wenn er denn den Arbeitsaufwand gemeint hätte.[546] Dieser Meinung ist nicht zuzustimmen. Sie ist nicht stichhaltig und das genannte Argu-

---

[541] Ganz herrschende Meinung: *Rieß*, GS Meyer, S. 385, *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (221), *Wohlers*, in: SK (56. Lfg. Februar 2008), § 98a Rn. 18, *Wolter*, in: SK (16. Lfg. Mai 1997), § 163e Rn. 18, *Rudolphi*, in: SK (10 Lfg. 1994 April 1994), § 100a Rn. 13, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 43, *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 18, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100a Rn. 35, *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 13, *Bär*, in: KMR (52. Lfg. Dezember 2008), § 100a Rn. 24, *Welp*, Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehr, S. 67 Fn. 106, *Eisenberg*[6] (2008), Rn. 2494, *Gercke*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94ff. Rn. 16, *Schlüchter*[2] (1983), Rn. 349.

[542] Beim größeren Zeitaufwand ist noch eine andere Konsequenz wichtig: Weitere Ermittlungsansätze werden später bekannt und können möglicherweise nicht mehr verfolgt werden. Der größere Zeitaufwand erschwert also nicht nur die Ermittlungen, sondern kann auch ihren Erfolg verringern.

[543] *Rieß*, GS Meyer, S. 385, *Wolter*, in: SK (16. Lfg. Mai 1997), § 163e Rn. 18, *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 18, § 100a Rn. 13, *Malek*, 7. Kapitel Rn. 203, *Graf*, S. 97, *Schlüchter*[2] (1983), Rn. 349.

[544] *Welp*, Legalisierung der Rasterfahndung, S. 409, *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100a Rn. 35, *Dünnebier*, in: LR[22], Bd. 1 (1971), § 100a Anm. 6, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 43, *Rudolphi*, in: SK (10 Lfg. 1994 April 1994), § 100a Rn. 13, *Kleinknecht*, in: Schwarz-Kleinknecht[23] (1969), § 100a Anm. 5, *Joecks* [2] (2008), § 100a Rn. 18, *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 13.

[545] *Rieß*, GS Meyer, S. 385. Nach *Graf*, S. 97, habe der Gesetzgeber den Arbeits- und Kostenaufwand gemeint.

[546] *Graf*, S. 97, *Rieß*, GS Meyer, S. 385.

ment nicht logisch: Der Gesetzgeber kann auch deswegen in § 98a I 2 StPO von einer „Erschwernis" und nicht vom „Aufwand" wie im § 98a III 1 StPO sprechen, weil die Erschwernis seiner Meinung nach der umfassendere Begriff ist und über den Arbeitsaufwand hinausgeht. Das stimmt mit der eingangs zitierten Gesetzesbegründung zu § 100a StPO überein, die unter Erschwernis einen höheren Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand verstand.[547]

Auch der größere Arbeitsaufwand „erschwert" die Ermittlungen. Präziser wäre es an dieser Stelle allerdings vom „Personalaufwand" zu sprechen. Der Arbeitsaufwand ist ein Produkt aus dem Zeit- und dem Personalaufwand. Zeit-, Personal- und der aus ihnen resultierende Arbeitsaufwand gehören untrennbar zusammen.[548] Es ist daher inkonsequent, wenn einige Autoren erklären, ein größerer Zeitaufwand erschwere die Ermittlungen, ein größerer Arbeitsaufwand dagegen nicht. Der höhere Personalaufwand erschwert wegen begrenzter personeller Ressourcen die Ermittlungen: Stehen gerade keine ausreichenden personellen Kapazitäten zur Verfügung, weil sie durch andere Ermittlungsverfahren gebunden sind, müssen sie weniger wichtigen Verfahren vorübergehend abgezogen werden, das vorhandene Personal vorübergehend mehr (länger) arbeiten oder die Ermittlungen sogar zeitweilig zurückgestellt werden. Alle genannten Möglichkeiten stellen Hindernisse dar, die die Ermittlungen prinzipiell erschweren. Zurückgestellte Ermittlungen senken zusätzlich die Erfolgsaussichten wegen drohenden Beweismittelverlustes.

cc) Kostenaufwand

In gleichem Maße ist umstritten, ob höhere Kosten der vorrangigen Maßnahmen eine Erschwernis der Ermittlungen darstellen. Nach der herrschenden Ansicht ist das nicht der Fall,[549] nach einer Minderheitsmeinung ist der Kostenaufwand grundsätzlich zu berücksichtigen.[550]

---

[547] Die Vertreter der abzulehnenden Ansicht (*Graf*, S. 97, *Rieß*, GS Meyer, S. 385) lassen am Ende nur einen erhöhten Zeitaufwand als „Erschwernis" der Ermittlungen gelten. Bereits nach ihren eigenen (teilweise verworfenen) Überlegungen könnte also unter „Aufwand" in § 98a III 1 StPO der Arbeitsaufwand und unter „Erschwernis" in § 98a I 2 StPO sowohl der Arbeitsaufwand als auch der Zeitaufwand zu subsumieren sein. Damit wäre der in Frage stehende Unterschied zwischen „Aufwand" und „Erschwernis" aber gerade erklärbar gewesen.

[548] Zeit- und Personalaufwand beeinflussen sich häufig gegenseitig. Natürlich kann man nicht immer mit einem erhöhten Personalaufwand den zeitlichen Aufwand im Sinne der Ermittlungsdauer verkürzen. Die Laufzeiten vieler Maßnahmen hängen vom Eintritt äußerer Ereignisse ab, den ein höherer personeller Aufwand nicht beschleunigen kann. Insoweit nur teilweise richtig *Welp*, Legalisierung der Rasterfahndung, S. 409 Fn. 62.

[549] *Rudolphi*, FS Schaffstein, S. 437 und SK (10 Lfg. 1994 April 1994), § 100a Rn. 13, *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 163e Rn. 18, *Wolter*, in: SK (16. Lfg. Mai 1997), § 163e Rn. 18, *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 13, *Joecks* JA 1983, 59, *Joecks* [2] (2008), § 100a Rn. 18, *Graf*, S. 97, *Malek*, 7. Kapitel Rn. 203, *Schlüchter*[2] (1983), Rn. 349.

[550] *Wienroeder*, in: Franke/Wienroeder[3], Teil II, § 110a Rn. 56, *Welp*, Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehr, S. 67 Rn. 106, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 43: Die Kosten müssen

Die herrschende Meinung ist sich einig, dass Kosten keine Rolle spielen dürfen. Das wird meistens kurz und apodiktisch postuliert.[551] *Maiwald* führt als Argument auf, der immaterielle Wert des Schutzes der Privatsphäre dürfe nicht Gegenstand eines „Geldhandels" sein.[552] In einem Aufsatz aus dem Jahr 1983 über die Telefonüberwachung erklärte *Joecks*, auf Grund der unbedingten Subsidiarität der Telefonüberwachung sei es nur konsequent, den Kostenaufwand nicht als eine „wesentliche Erschwernis" im Sinne des § 100a StPO genügen zu lassen.[553] 1983 existierte allerdings nur eine Ermittlungsmaßnahme mit einer Subsidiaritätsklausel, die wegen der Subsidiaritätsklausel tatsächlich eine besondere Bedeutung hatte: die Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§ 100a StPO). Heute enthalten die Ermittlungsmaßnahmen 23 Subsidiaritätsklauseln.[554] Subsidiäre Ermittlungsmaßnahmen sind nichts Exklusives mehr. Das Argument, wegen der unbedingten Subsidiarität einer Maßnahme dürften Kosten der anderen Maßnahmen keine Rolle spielen, ist daher überholt.

Dagegen ist die Meinung richtig, der Kostenaufwand sei zu berücksichtigen. Wie sich aus der zitierten Gesetzesbegründung ergibt,[555] entspricht die Auffassung der des Gesetzgebers. Neben dieser subjektiv-teleologischen Auslegung der Subsidiaritätsklauseln spricht die Bindung an haushaltsrechtliche Vorgaben für die Minderheitsmeinung:[556]

> *…; doch wird dabei nicht hinreichend berücksichtigt, dass der zur Verfügung stehende Finanzrahmen den Strafverfolgungsbehörden aus übergeordneten Gründen haushaltsrechtlich vorgegeben ist und dass ein übermäßiger punktueller Einsatz vorhandener Mittel die Funktionsfähigkeit bei der Aufgabenerfüllung in weiteren wesentlichen Bereichen in Frage stellen müsste.*

In der Tat zwingen §§ 1, 6 I HGrG Bund und Länder, bei der Aufstellung *und* Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten – und dies bei regelmäßig knappen Mitteln. Dementsprechend enthalten die Bundeshaushaltsordnung und die Haushaltsordnungen aller Länder dieses Doppelgebot.[557] Wirtschaftlichkeit bedeutet dabei, die Relation zwischen Mitteln und Aufgaben so günstig wie möglich zu gestalten, das heißt entweder mit vorgegeben Mitteln den maximalen Erfolg zu erzielen (Maximal-

---

die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall sprengen, *Maiwald*, in: AK, Bd. 2/1 (1992), §100a Rn. 8: bei unverhältnismäßig höherem Kostenaufwand der anderen Maßnahmen.

[551] Als einer der ersten *Dünnebier*, in: LR[22], Bd. 1 (1971), § 100a Anm. 6.

[552] Siehe *Maiwald* , in: AK, Bd. 2/1 (1992), §100a Rn. 8. Er entscheidet sich gleichwohl für die Gegenmeinung.

[553] JA 1983, 59 (59).

[554] Siehe 4. Kapitel B.

[555] Siehe oben unter 2 a).

[556] *Wienroeder*, in: Franke/Wienroeder[3] (2008), Teil II, § 110a Rn. 56, ähnlich *Maiwald*, in: AK, Bd. 2/1 (1992), § 100a Rn. 8.

[557] Siehe § 7 I 1 BHO und beispielsweise § 7 I 1 LHO Baden-Württemberg, § 7 I LHO Hessen, Niedersachsen, NRW.

prinzip) oder einen bestimmten Erfolg mit geringstmöglichen Mitteln zu erreichen (Minimalprinzip).[558] Das Sparsamkeitsgebot enthält für die Ausführung des bereits festgestellten Haushaltsplans die Anweisung, gemäß dem Minimalprinzip des Wirtschaftlichkeitsprinzips den – durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift oder auf andere Weise – jeweils verbindlich festgelegten Erfolg mit den geringstmöglichen Mitteln zu erreichen.[559] Das bedeutet letztendlich, dass die Ermittlungsbehörde bei ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß § 160 I, II StPO, den Sachverhalts vermeintlicher Straftaten zu ermitteln, höhere Kosten grundsätzlich zu vermeiden hat. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn es sich aus den gesetzlichen Zweck-, Mittelfestlegungen und Wertentscheidungen ergäbe.[560] Angesichts der bereits zitierten Gesetzesbegründung lässt sich den Subsidiaritätsklauseln gerade nicht die rechtsverbindliche Wertentscheidung des Gesetzgebers entnehmen, Kosten der alternativen Maßnahmen dürften keine Rolle spielen. Die Mehrheitsmeinung kann für eine solche gesetzliche Wertentscheidung keine stichhaltigen Argumente anführen. Es muss daher bei dem rechtsverbindlichen Grundsatz des Minimalprinzips verbleiben.

Verschärfend kommt hinzu: Bund und Länder haben ihrer Verantwortung zur Einhaltung der Bestimmungen in Art. 104 EGV und des „Europäischen Wachstums- und Stabilitätspakts" nachzukommen (Art. 109 II GG n.F., § 51a I HGrG).[561] Auf Grund der neu eingeführten verfassungsrechtlichen „Schuldenbremse" sollen die Haushalte von Bund und Ländern sogar grundsätzlich ohne Kreditaufnahmen ausgeglichen werden (Art. 109 III 1 GG n.F., für den Bund auch Art. 115 II 1 GG n.F.).[562] [563]

Man kann ohne Übertreibung sagen, das ganze öffentliche Haushaltswesen ist von einfach-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Geboten der Kostendämpfung durchzogen. Das mit einem Ausrufezeichen vorgetragene Postulat, höhere Kosten dürfen keine Rolle spielen, scheint vor dem Hintergrund des Haushaltsrechts, der Endlichkeit der Mittel und der Vielzahl wichtiger öffentlicher

---

[558] *Grupp* JZ 1982, 231 (233), *ders.*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger^3, Bd. 2 (2000), § 19 Rn. 27, *Dommach*, in: Heuer (12. Lfg. Februar 1990), § 7 BHO Rn. 7.

[559] *Grupp* JZ 1982, 231 (234f.), *ders.*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger^3, Bd. 2 (2000), § 19 Rn. 27.

[560] Vgl. *Grupp*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger^3, Bd. 2 (2000), § 19 Rn. 29. *Grupp* führt an gleicher Stelle aus: „ … ; selbst in denjenigen Bereichen, in denen die Regelungsintensität sehr hoch ist – wie vor allem in der Eingriffsverwaltung –, bleibt partiell noch Raum für Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, etwa wenn die Polizei die Möglichkeit der Wahl zwischen mehreren Eingriffsmaßnahmen hat, die in gleicher Weise rechtmäßig sind."

[561] Der „Stabilitäts- und Wachstumspakt" schreibt ein öffentliches Defizit von maximal 3% und einen gesamtstaatlichen Schuldenstand von höchstens 60% des BIP vor. Er sieht bei Verstoß eine Strafzahlung von 0,2 bis 0,5% des BIP vor. Zum „Stabilitäts- und Wachstumspakt" siehe im Überblick *Stüber* JA 2004, 932 (935f.).

[562] Der Haushalt des Bundes gilt gemäß Art. 109 III 4, 115 II 2 GG n.F. als ausgeglichen, wenn die Kreditaufnahme 0,35% des BIP nicht überschreitet.

[563] Zu Einzelheiten *Schmidt* DVBl. 2009, 1274 (1275 – 1284), *Seiler* JZ 2009, 721, (722ff.).

Aufgaben einer geradezu illusionären Wunschwelt zu entstammen. Kostenintensive Maßnahmen schmälern Budgets und müssen deswegen nach Möglichkeit vermieden werden. Ist eine vorrangige Maßnahme kostenintensiv, ist – wie dargelegt – bereits von Rechts wegen Zurückhaltung geboten. Der Zugriff auf die Maßnahme ist schwieriger, weil er durch besondere Sachverhaltskonstellationen gerechtfertigt werden muss.[564] Der höhere Kostenaufwand erschwert daher grundsätzlich die Ermittlungen. Wie hoch der Kostenmehraufwand der alternativen Maßnahmen sein muss, um eine Erschwernis im Sinne einer bestimmten Subsidiaritätsklausel darzustellen, ist eine Frage der erschwernisorientierten Bedingungen der Vorrangigkeit in der jeweiligen Klausel.

b) „erschwert“

Die Ermittlungen „auf andere Weise“ sind erschwert, wenn es mit der grundsätzlich vorrangigen Maßnahme zeit-, personal- oder kostenaufwändiger wäre, die Ermittlungsziele zu verfolgen. Ein besonderes Maß an „Erschwernis“ ist auf dieser Stufe nicht erforderlich. Jede auch noch so kleine Erschwernis reicht aus. Dies ergibt sich aus dem Vergleich mit den nächsten Stufen, die einschränkend eine „wesentliche“ oder „unverhältnismäßige“ Erschwernis fordern.[565]

c) „wesentlich erschwert“

Es stellt sich die Frage, wann Ermittlungen „auf andere Weise“ „wesentlich erschwert“ wären. Aus dem Wortlaut ergibt sich eindeutig, dass die Erschwernis nicht beliebig klein sein darf, sondern in einem bestimmten Maße größer, eben „wesentlich“.

In der Kommentarliteratur wird „wesentlich erschwert“ – bezogen auf den Arbeitsaufwand – wie folgt definiert: wenn ohne die subsidiäre Maßnahme ein unvertretbarer Arbeitsaufwand entstünde, der zur Vernachlässigung anderer Ermittlungsverfahren zwänge,[566] beziehungsweise wenn wegen des außergewöhnlich großen Arbeitsaufwands das Interesse an der Strafverfolgung das an der Erhaltung des Grundrechts eindeutig überwiegen würde.[567] Beide Definitionen sind in einem Punkt zumindest missverständlich, in einem zweiten sicher falsch:

---

[564] In Zeiten enger haushaltsrechtlicher Vorgaben und des auch auf unteren Hierarchiestufen eingeführten „Kostenmanagements“ spielt der Kostenaufwand in der Rechtswirklichkeit längst eine wichtige Rolle. In Baden-Württemberg beispielsweise verfügt jede Polizeidienststelle über ein jährliches Ermittlungsbudget, das sie grundsätzlich nicht überschreiten darf. Für besondere Fälle gibt es jedoch „Nottöpfe“.

[565] Schon die abstrakten Definitionen von „weniger erfolgversprechend“ und „weniger erschwert“ zeigen, wie marginal bereits die theoretische Eingriffsbegrenzung durch die Klausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert“ ist.

[566] *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100a Rn. 35.

[567] *Dünnebier*, in: LR[22], Bd. 1 (1971), § 100a Anm. 6, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 43, ähnlich *Rudolphi*, in: SK (10 Lfg. 1994 April 1994), § 100a Rn. 13 und *Kleinknecht*, in: Schwarz-Kleinknecht[23] (1969), § 100a Anm. 5.

Zum einen stellen sie auf einen bestimmten Aufwand ab, der ohne Anwendung der subsidiären Maßnahme entstehen müsse: „unvertretbarer Arbeitsaufwand“ beziehungsweise „außergewöhnlich großer Arbeitsaufwand“. Das ist missverständlich: Verlangt eine Subsidiaritätsklausel, Ermittlungen „auf andere Weise“ müssten „wesentlich erschwert“ sein, stellt sie auf eine Relation ab. Selbst wenn die Ermittlungen ohne die subsidiäre Maßnahme den denkbar höchsten Aufwand erforderten, die Ermittlungen mit Hilfe der subsidiären Maßnahme aber nur geringfügig weniger aufwändig wären, dürfte die subsidiäre Maßnahme nicht vorrangig angeordnet werden, da die Ermittlungen ohne sie nicht „*wesentlich* erschwert“ wären. Entscheidend ist also nicht der absolute Aufwand ohne die subsidiäre Maßnahme, sondern der *Mehr*aufwand ohne sie.[568]

Zum anderen führen beide Definitionen (Neben-) Bedingungen auf, die dem Wortlaut „wesentlich erschwert“ nicht zu entnehmen sind und auch im Wege der Auslegung nicht entnommen werden können: „Wesentlich“ bezeichnet ein quantitativ festgelegtes Maß, in dem die Erschwernis der Ermittlungen „auf andere Weise“ größer sein muss. Die erste Definition verlangt dagegen, der Mehraufwand müsse (zusätzlich) zur Vernachlässigung anderer Verfahren zwingen. Die Zulässigkeit der subsidiären Maßnahme hinge nach dieser Meinung von der jeweiligen Auslastung der Ermittlungsbehörde und somit letztlich vom Zufall ab. Die zweite Definition verlangt, wegen des außergewöhnlichen großen Arbeitsaufwands müsse das Interesse an der Strafverfolgung das an der Erhaltung des Grundrechts eindeutig überwiegen. Das ist ebenfalls abzulehnen. „Wesentlich erschwert“ ist ein festgelegtes Quantum an Erschwernis, bei dessen Bestimmung eine Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Eingriffen in die Grundrechte des Adressaten kein Kriterium ist. Diese Meinung verlegt im Grunde die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne in die Formulierung „wesentlich erschwert“.

Es verbleibt die Frage, wie eine „wesentliche Erschwernis“ zu definieren und quantifizieren ist. „Wesentlich“ bedeutet „um vieles, in hohem Grade, sehr“.[569] Doch um wie viel sind die Ermittlungen „erschwert“, wenn sie „um vieles, im hohen Grade, sehr erschwert“ sind? Auch dieser Begriff hat – wie es *Larenz* genannt hat – eine „schwankende Bandbreite“, die sich einer streng aus dem Gesetz ableitbaren Quantifizierung entzieht.[570] Es kann aber einerseits als sicher festgestellt werden, dass die Erschwernis auf jeden Fall ersichtlich groß sein müsse. Andererseits wollte der Gesetzgeber mit den Subsidiaritätsklauseln die Anordnung eingriffsintensiver Maßnahmen lediglich einschränken und nicht gänzlich unterbinden. Die „wesentliche Erschwernis“ darf folglich nicht als schier unendlich groß ausgelegt werden, was auch nicht der Bedeutung des Wortes „wesentlich“ entspräche. Um ein klares Kriterium zu schaffen, sollte als Richtschnur gelten: Ermittlungen „auf andere Weise“ wären „wesentlich erschwert“, wenn sie ohne

---

568 Ob die beiden Autoren das in diesem Sinne gemeint haben, ist nicht ganz klar.
569 *DUDEN*, Stichwort: „wesentlich“.
570 Vgl. oben III 1 c).

Anwendung der subsidiären Maßnahme den mindestens doppelten Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand verursachen würden.[571]

d) „unverhältnismäßig erschwert“

aa) Definition

Zuletzt stellt sich die Frage, um wie viel höher der Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand sein muss, damit die Ermittlungen „auf andere Weise“ „unverhältnismäßig erschwert“ wären. Allein die Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung § 100c StPO enthält die Bedingung der Vorrangigkeit „unverhältnismäßig erschwert“. In den Kommentaren zur Strafprozessordnung finden sich keine allzu genauen Aussagen zum Bedeutungsgehalt dieser Bedingung. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber die akustische Wohnraumüberwachung als die *ultima ratio* unter allen Ermittlungsmaßnahmen angesehen habe[572] und sie daher allen anderen Maßnahmen gegenüber nachrangig sein müsse.[573] Da sich die Nachrangigkeit der Maßnahmen in den Subsidiaritätsklauseln widerspiegelt, bedeutet das, „unverhältnismäßig erschwert“ müsse einen größeren Schwierigkeitsgrad bezeichnen als „wesentlich erschwert“. Damit ist nachvollziehbar, dass unter den drei erschwernisorientierten Bedingungen der Vorrangigkeit „erschwert“, „wesentlich erschwert“ und „unverhältnismäßig erschwert“ die zuletzt genannte Bedingung nach dem Willen des Gesetzgebers die strengste sein soll. Ihr genauer Bedeutungsgehalt wird daraus jedoch nicht ersichtlich.

Genauere Definitionen finden sich dagegen in Kommentierungen zum Art. 13 III 1 GG, der eine sehr ähnliche Subsidiaritätsklausel wie die Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung § 100c StPO enthält. Allerdings verschwimmen in diesen Definitionen die Grenzen zwischen der allgemein zu prüfenden Verhältnismäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung und der davon zu trennenden, in Art. 13 III 1 GG allein geregelten „unverhältnismäßigen Erschwernis“ der Erforschung des Sachverhalts bei Anwendung alternativer Ermittlungsmaßnahmen. So kommentiert *Papier*:[574]

> *Es sind also bis zum Grad der Unverhältnismäßigkeit Erschwernisse in der Ermittlungsarbeit hinzunehmen, ehe auf das Mittel der Wohnraumüberwachung zugegriffen werden darf. Bei der insoweit vorzunehmenden Prognose und Abwägung sind sowohl die Art, die Schwere und die Gefährlichkeit der aufzuklärenden Delikte als auch die Eingriffsintensität der Wohnraumüberwachung im Hinblick auf die Art der Räumlichkei-*

[571] Auch diese Quantifizierung ist in einem gewissen Maße natürlich willkürlich, eine mehr oder weniger „gegriffene Größe“ (*Haueisen* NJW 1973, 641 (644) m.w.N.). Sie bietet jedoch eine größere Anwendungssicherheit.
[572] BT-Drucks. 13/8650, S. 5; 13/8651, S. 13; 15/4533, S. 13.
[573] Vgl. etwa *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100c Rn. 8.
[574] Maunz/Dürig, Bd. 2 (36. Lfg. 1999), Art. 13 Rn. 82.

ten und den Kreis der Betroffenen sowie die im Übrigen in Betracht kommenden Ermittlungsmaßnahmen einzustellen.

Die Eingriffsintensität der Wohnraumüberwachung ist in die Prognose im Rahmen der Subsidiaritätsklausel des Art. 13 III 1 GG eben nicht einzustellen![575] Sie ist nur beim allgemeinen, auch auf die akustische Wohnraumüberwachung anzuwendenden, verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln ist es dagegen nur der Aufwand für die Ermittlungsbehörde bei Anwendung der alternativen Maßnahmen verglichen mit dem Aufwand bei Anwendung der subsidiären Maßnahme, der unverhältnismäßig sein muss. Die Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen sind kein Kriterium für die Bemessung dieses Aufwands.

Um auf § 100c StPO und die dortige Bedingung der Vorrangigkeit zurückzukommen: Die Ermittlungen „auf andere Weise" wären danach also „unverhältnismäßig erschwert", wenn sie einen Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand verursachen würden, der außer Verhältnis zum Aufwand bei Anwendung der subsidiären Maßnahme stünde.[576]

bb) Abgrenzung zu „wesentlich erschwert"

Es stellt sich allerdings die Frage, wie „unverhältnismäßig erschwert" quantitativ von „wesentlich erschwert" abzugrenzen ist. Die Antwort auf die Frage ist für die später aufzustellende Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln wichtig. Es ist nicht möglich, die Frage rein abstrakt zu beantworten, weil „wesentlich" und „unverhältnismäßig" als Begriffe unterschiedlichen Kategorien unterfallen: „Wesentlich" ist zwar ein Wort mit einer Interpretationsbandbreite, das jedoch eine bestimmbare *absolute* Größe, Menge, Zahl oder einen *absoluten* Grad bezeichnet. Es lässt sich auch abstrakt bestimmen. „Unverhältnismäßig" ist dagegen ein *relativer* Begriff, der auf das Verhältnis zwischen einem konkreten Ziel und einem konkreten Mittel abstellt. Auf Grund der Abhängigkeit vom Ziel kann „unverhältnismäßig erschwert" mal eine kleinere, mal eine größere Erschwernis als „wesentlich erschwert" darstellen: Bei einem hohen Ziel liegt eine „unverhältnismäßige Erschwernis" erst später als eine „wesentliche Erschwernis" vor, bei einem niedrigen Ziel dagegen früher. Wie sich „wesentlich erschwert" quantitativ zu „unverhältnismäßig erschwert" verhält, kann daher nur in einer konkreten Konstellation mit einem feststehenden Ziel bestimmt werden.

Für die Subsidiaritätsklauseln ist das bei einer generalisierenden Betrachtung eingeschränkt möglich: Die akustische Wohnraumüberwachung darf nur angeord-

[575] Siehe auch die zahlreichen Vermengungen bei *Hermes*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Art. 13 Rn. 67.

[576] Wie bei dem Merkmal Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wird man auch hier für die Abwägung als solche letztlich kein absolutes Richtmaß aufstellen können (vgl. 5. Kapitel B II 4). Die Abwägung wird daher zwangsläufig zu einem guten Teil subjektiv gefärbt sein.

net werden, wenn „die Erforschung des Sachverhalts oder Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert (…) wäre." Das Ziel ist also – wie bei Subsidiaritätsklauseln üblich – die Erforschung des Sachverhalts und die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Mitbeschuldigten. Um den Unterschied zu den Zielen anderer Subsidiaritätsklauseln auszuarbeiten und zu bestimmen, wie hoch die Ziele sind, ist es deswegen erforderlich, die Ziele weiter nach der Schwere der Delikte zu spezifizieren:

Bei der akustischen Wohnraumüberwachung geht es um die „Erforschung des Sachverhalts" und die „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Mitbeschuldigten" bei Verdacht „besonders schwerer Straftaten", die in § 100c II StPO abschließend aufgezählt sind. Die Straftatbestände sehen alle eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren vor. Bei Eingriffsermächtigungen subsidiärer Maßnahmen, die die Bedingungen der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert" enthalten,[577] verhält es sich dagegen anders. Sie dürfen auch bei Verdacht von Straftaten angeordnet werden, deren Strafrahmen eine niedrigere Höchststrafe vorsehen: Erstens ist die Überwachung der Telekommunikation „bereits" bei „schweren Straftaten" nach § 100a II StPO möglich. Genauso verhält es sich bei der akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung, da ihre Eingriffsermächtigung § 100f I, II StPO insoweit auf § 100a II StPO verweist. Die Straftatbestände nach § 100a II StPO sehen im Gegensatz zu § 100c II StPO mehrfach Höchststrafen von *maximal* fünf Jahren[578] und manchmal sogar von nur drei Jahren vor.[579] Zweitens dürfen die meisten subsidiären Maßnahmen mit dieser Bedingung der Vorrangigkeit bei Verdacht einer „Straftat von erheblicher Bedeutung" angeordnet werden.[580] Diese Kategorie der Straftat ist im Gegensatz zu den „schweren Straftaten" und den „besonders schweren Straftaten" nicht über einen detaillierten Straftatenkatalog genau definiert, sondern unterliegt der Auslegung. Die Auslegung ist im Einzelnen strittig. Unstrittig dürfte es sich bei „Straftaten von erheblicher Bedeutung" aber um solche handeln, die im Durchschnitt weniger schwerwiegend als die „schweren Straftaten" und die „besonders schweren Straftaten" sind.[581] Schließlich darf vier-

[577] Gemeint sind also die beiden Klauseln „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert" und „aussichtslos oder wesentlich erschwert".

[578] Z.B. § 100a II Nr. 1 Buchstabe b) StPO i.V.m. § 108e StGB, § 100a II Nr. 1 Buchstabe g) StPO i.V.m. § 184b I, II StGB, § 100a II Nr. 1 Buchstabe m) StPO i.V.m. § 261 I StGB.

[579] § 100a II Nr. 1 Buchstabe r) StPO i.V.m. § 299 StGB, § 100a II Nr. 1 Buchstabe t) StPO i.V.m. § 333 I StGB

[580] §§ 98a I 1, 100g I 1 Nr. 1, 100h I 1 Nr. 2, 2, II 2 Nr. 2, 110a I 1, 131 III 1, 131a III, 131b I, II 1, 163e I 1, 163f I 1 StPO.

[581] Die „Straftat von erheblicher Bedeutung" wird meistens so definiert, dass Bagatelldelikte nicht zu ihr gehören sollen. Die Straftat müsse zumindest dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (*Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 98a Rn. 5 m.w.N.). *Rieß* sieht eine „Straftat von erheblicher Bedeutung" bei Verbrechen stets und bei Vergehen nur bei einer Strafrahmenobergrenze von mindestens zwei Jahren vorliegen (GA 2004, 623ff.). Für eine

tens eine einzige subsidiäre Maßnahme mit der Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert" angeordnet werden, ohne dass das Gesetz vorgegebene Anlasstaten zur Zulässigkeitsvoraussetzung macht. Es handelt sich um die Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern gemäß §§ 94, 97 II 3, V 2 StPO.

Aus der Darstellung der Ziele, die die akustische Wohnraumüberwachung mit ihrer Bedingung der Vorrangigkeit „unverhältnismäßig erschwert" und die anderen subsidiären Ermittlungsmaßnahmen mit der Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert" verfolgen, ergibt sich Folgendes: Die akustische Wohnraumüberwachung verfolgt bei einer generalisierenden Betrachtung die schwersten Straftaten und somit die höchsten Ziele. Die anderen subsidiären Maßnahmen verfolgen unterschiedlich hohe, jedoch niedrigere Ziele, die von der Verfolgung nicht näher bestimmter Anlasstaten bis zur Verfolgung der „schweren Straftaten" nach § 100a II StPO reichen. Der Großteil der subsidiären Maßnahmen mit der Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert" verfolgt Ziele von mittlerer Höhe: die „Straftaten von erheblicher Bedeutung". Bei einer generalisierenden Betrachtung ist daher festzustellen, dass eine „unverhältnismäßige Erschwernis" im System der Subsidiaritätsklauseln später eintritt als eine „wesentliche Erschwernis". Dies bestätigt den aus der Gesetzesbegründung zur akustischen Wohnraumüberwachung zu entnehmenden gesetzgeberischen Willen. Um wie viel schwerer die Ermittlungen „auf andere Weise" sein müssen, damit sie nicht bloß „wesentlich erschwert", sondern „unverhältnismäßig erschwert" sind, entzieht sich allerdings auch nach diesen Überlegungen einer Quantifizierung.[582]

3. Verhältnis zwischen Ermittlungserfolg und Ermittlungserschwernis

Die erfolgs- und die erschwernisorientierten Bedingungen der Vorrangigkeit stehen wie die Ermittlungsziele „Erforschung des Sachverhalts" und „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" in einem Alternativverhältnis.[583] Die Anordnung der subsidiären Maßnahme kann entweder auf eine der Alternativen oder auch auf beide gemeinsam gestützt werden. Beide Alternativen sind auch nicht trennscharf voneinander abgrenzbar und treffen vor allem bei einem höheren Zeitaufwand häufig zusammen: Geht die Erschwernis der Ermittlungen mit einem größeren Zeitaufwand und damit einer längeren Dauer einher, können weitere

---

Orientierung an der konkreten Straferwartung von mindestens sechs Monaten spricht sich *Murmann* aus (Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 28ff.).

[582] So schwierig die Bestimmung der Bedingung der Vorrangigkeit „unverhältnismäßig erschwert" und ihres Verhältnisses zu „wesentlich erschwert" auch ist, so wenig relevant ist sie für die Praxis: Die akustische Wohnraumüberwachung wird nicht angeordnet, um Zeit, Personal oder Geld zu sparen. Ihr Hauptanwendungsgebiet ist die ansonsten nicht mögliche Beweisgewinnung in Ermittlungsverfahren wegen Tötungs- beziehungsweise Betäubungsmitteldelikten (*Meyer-Wieck* NJW 2005, 2037 (2037f.)). Hier ist die erfolgsorientierte Voraussetzung der Vorrangigkeit einschlägig, nicht die erschwernisorientierte.

[583] *Rieß*, FS Meyer, S. 386.

Ermittlungsansätze zu spät erkannt und gegebenenfalls nicht mehr verfolgt werden, so dass auch der Ermittlungserfolg gefährdet wird.

IV. Prognose

Nach Abhandlung der Bezugspunkte, der konkurrierenden Maßnahmen und der Bedingungen der Vorrangigkeit von Subsidiaritätsklauseln ist auf die Prognose einzugehen, die bei der Anwendung der Subsidiaritätsklauseln zu stellen ist.

1. Normalfall

a) Prognosebefugnis

Dass eine Prognose überhaupt gestellt werden darf, ergibt sich aus dem in den Subsidiaritätsklausen verwendeten Konjunktiv: „ … wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert *wäre*.“ Aus dem Wortlaut folgt, dass die an sich vorrangigen Maßnahmen vorher nicht erfolglos durchgeführt werden müssen, sondern die Ermittlungslage unter hypothetischer Durchführung alternativer Ermittlungsmaßnahmen vorhergesagt werden darf.

Vereinzelt vertritt das Schrifttum in Bezug auf die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) die gegenteilige Ansicht.[584] Es beruft sich dabei auf eine Entscheidung des BVerfG vom 15.12.1970.[585] Das BVerfG hatte in diesem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der Artikel 1 und 2 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10)[586] zu entscheiden.[587] Art. 1 § 2 II 1 G 10 in der ursprünglichen Fassung (§ 3 II 1 G 10 der heutigen Fassung) enthielt dabei die gleiche Subsidiaritätsklausel wie § 100a StPO („aussichtslos oder wesentlich erschwert“). Das BVerfG entschied, das Abhören von Telefonaten durch Verfassungsschutzbehörden oder den Bundesnachrichtendienst gemäß Art. 1 G 10 sei erst nach Erschöpfung anderer Maßnahmen zulässig und stützte seine Entscheidung diesbezüglich auf den ersten Satzteil des Art. 10 II 2 GG, der die mögliche Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses auf Grund eines Gesetzes konkretisiert, in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[588] Der erste Satzteil des Art. 10 II 2 GG lautet:

> *Dient die Beschränkung dem Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes …*

---

[584] *Rudolphi*, FS Schaffstein, S. 437, *ders.*, in: SK (10. Lfg. 1994 April 1994) § 100a Rn. 13.
[585] BVerfGE 30, 1.
[586] BGBl. I 1968, S. 949. Vgl zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes auch 3. Kapitel III 1.
[587] Art. 1 G 10 hat das Gesetz geschaffen, das heute als G 10 bezeichnet wird. Art. 2 G 10 hat die §§ 100a, b in die Strafprozessordnung eingefügt.
[588] Siehe BVerfGE 30, 1 (22) und Ziffer 3 des Tenors.

Nach Art. 1 § 2 I Nr. 1 – 5 G 10 in der ursprünglichen Fassung, die der Entscheidung des BVerfG zugrunde lag, war das Abhören zur Abwehr von Handlungen, die die Tatbestände bestimmter Staatsschutzdelikte erfüllen würden, zulässig. Nach § 100a 1 Nr. 1 a) – d) StPO der damaligen Fassung durfte der Fernmeldeverkehr aufgezeichnet werden bei Verdacht von Staatsschutzdelikten, beziehungsweise nach § 100a 1 Nr. 2 StPO bei Verdacht einiger schwerer Verbrechen, aber auch bei einem Vergehen wie der Erpressung. Auf den ersten Blick erscheint es daher als nicht illegitim, mit den vereinzelten Stimmen in der Literatur die vom BVerfG gemachte Einschränkung auf § 100a StPO zu übertragen: Wenn bei den mit hohen Strafen bedrohten Staatsschutzdelikten vor der Anordnung der Überwachung der Telekommunikation alternative Mittel auszuschöpfen sind, dann auch bei gleichschweren und erst recht bei weniger schweren Delikten aus dem Katalog des § 100a StPO. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt das gesamte staatliche Handeln und ist daher auf Maßnahmen der Gefahrenabwehr wie auch der Strafverfolgung unterschiedslos anwendbar.

Allerdings hat das BVerfG diesen Schritt nicht vollzogen. Es zweifelt die Prognosebefugnis im Rahmen strafprozessualer Subsidiaritätsklauseln nicht an. Sogar bei der akustischen Wohnraumüberwachung, die nach herrschender Meinung schwerer in die Persönlichkeitsrechte des Adressaten als die Überwachung der Telekommunikation eingreift, geht das BVerfG von einer Prognosebefugnis des Rechtsanwenders im Rahmen der Subsidiaritätsklausel aus. Das BVerfG erwähnte in seiner Entscheidung vom 03.03.2004 zum „Großen Lauschangriff" in diesem Kontext ausdrücklich das Wort „Prognose" und führte aus:[589]

> *Das Merkmal „unverhältnismäßig erschwert" umschreibt den Ermittlungsaufwand, der voraussichtlich benötigt würde, wenn die Strafverfolgungsbehörden auf die akustische Wohnraumüberwachung im konkreten Fall verzichteten und stattdessen andere Ermittlungsmaßnahmen ergriffen.*

Die Ansicht im Schrifttum, die auf die Rechtsprechung des BVerfG verweist, ist daher für strafprozessuale Subsidiaritätsklauseln nicht richtig. Bei ihnen geht das BVerfG mit dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut von der Prognosebefugnis des Rechtsanwenders aus.

b) Gegenstand der Prognose

Gegenstand der Prognose ist der weitere Ermittlungsverlauf bei hypothetischer Anwendung alternativer Maßnahmen ohne die beziehungsweise mit der subsidiären Maßnahme: Es ist zu prognostizieren, ob und gegebenenfalls wie die Ermittlungsziele „Erforschung des Sachverhalts" und „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten" mit den alternativen, vorrangigen Maßnahmen erreicht werden könnten und ob dies in einem ganz bestimmten, in den Bedingungen der Vorran-

[589] BVerfGE 107, 279 (342).

gigkeit festgelegten Maß weniger erfolgversprechend oder schwerer als bei Durchführung der subsidiären Maßnahme wäre.

Es bedarf einer kurzen Erläuterung, um welche unterschiedlichen Maßnahmen (bzw. Maßnahmenbündel) es sich handelt, die in die Prognose einzustellen sind. Der Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln gibt darüber Auskunft und soll beispielhaft an der Subsidiaritätsklausel der Eingriffsermächtigung für die längerfristige Observation des Beschuldigten (§ 169f I 2 StPO) veranschaulicht werden:

> *Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Die Anordnung der subsidiären Maßnahme langfristige Observation und das Erreichen der Ermittlungsziele „auf andere Weise“ beziehen sich erkennbar auf unterschiedliche Maßnahmen. „Auf andere Weise“ bedeutet folglich „ohne Anordnung der subsidiären Maßnahmen“.[590] Daraus ergibt sich für die in die Prognose einzustellenden Maßnahmen (bzw. Maßnahmenbündel) Folgendes: Auf der einen Seite ist der voraussichtliche Ermittlungsverlauf *ohne* Anwendung der subsidiären Maßnahme, also allein bei Durchführung der alternativen Maßnahmen, zu prüfen. Auf der anderen Seite ist der Ermittlungsverlauf *bei* Anwendung der subsidiären Maßnahme zu prognostizieren. „Bei Anwendung der subsidiären Maßnahme“ bedeutet nicht zwangsläufig, „bei ihrer *alleinigen* Anwendung“. Der Gesetzgeber wollte die subsidiären Maßnahmen nicht in ein exklusives Alternativverhältnis zu den alternativen Maßnahmen stellen, sondern nur die (zusätzliche) Anwendung der als typischerweise belastend eingestuften subsidiären Maßnahmen minimieren. Der hypothetischen Anwendung der alternativen Maßnahmen allein ist daher die hypothetische Anwendung der subsidiären Maßnahme allein oder *zusammen* mit den alternativen Maßnahmen im Rahmen der Prognose gegenüberzustellen.[591]

Für diese Auslegung spricht auch die bereits zitierte Begründung des Gesetzesentwurfs des Bundesrates zur Subsidiaritätsklausel in § 98a I 2 StPO, die mit der Maßnahme durch das OrgKG 1992 eingefügt worden ist:[592]

> *Absatz 1 Satz 2 enthält zum Schutz des von der Maßnahme Betroffenen eine Subsidiaritätsklausel. Diese stellt im Wesentlichen darauf ab, dass bei einer Beschränkung der Strafverfolgung auf andere Maßnahmen die Aufklärung erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

---

[590] Wie hier *Rieß*, GS Meyer, S. 384.

[591] Wie hier *Rieß*, GS Meyer, S. 384. Die meisten Fundstellen sind in diesem Punkt zumindest missverständlich, indem sie von einer Abwägung der subsidiären Maßnahme (allein) gegen die alternativen Maßnahmen sprechen, siehe etwa *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 98a Rn. 29 oder *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 408.

[592] Zu den vollständigen Ausführungen zur dortigen Subsidiaritätsklausel siehe oben 3. Kapitel B VI 2 oder BT-Drucks. 12/989, S. 37.

Der Entwurf sprach von Ermittlungen „auf andere Weise“ als *Beschränkung* auf die alternativen Maßnahmen. Im Umkehrschluss bedeutet das: Ist die Subsidiaritätsklausel erfüllt, muss sich die Palette der anzuwendenden Maßnahmen nicht auf die alternativen Maßnahmen beschränken, die subsidiäre Maßnahme darf also neben den alternativen Maßnahmen durchgeführt werden.

c) Grundlagen der Prognose

Maßgebend für die Prognose und damit für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist – wie bei Prognosen üblich – eine Beurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung (Ex-ante-Beurteilung).[593] Eine Ex-Post-Betrachtung wäre keine Überprüfung der Prognose im eigentlichen Sinne, sondern eine neue Entscheidung auf Grund einer nachträglichen Diagnose.[594] Bei der Prognose ist der gegebene Ermittlungsstand unter hypothetischer Anwendung der konkurrierenden Maßnahmen nach den Regeln der kriminalistischen Erfahrung in die Zukunft zu projizieren.[595] Da die Ex-ante-Beurteilung maßgebend ist, ist es für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme irrelevant, falls die Prognose sich nachträglich als Fehlprognose erweist. Rechtswidrig kann die Maßnahme nur auf Grund von Prognosefehlern im Zeitpunkt der Entscheidung sein.

d) Beurteilungsspielraum

Das Urteil des 4. Strafsenats des BGH vom 16.02.1995[596] stieß eine Diskussion darüber an, ob und gegebenenfalls welchen Beurteilungsspielraum der Rechtsanwender bei der Frage hat, ob die Bedingungen der Vorrangigkeit einer Subsidiaritätsklausel erfüllt seien.

aa) Urteil des BGH vom 16.02.1995 – BGHSt 41, 30

Nach dem 4. Senat gibt es bei der Frage, ob der Anordnung einer Maßnahme Subsidiaritätsklauseln entgegenstehen, einen Beurteilungsspielraum. Der Senat führte in seiner Entscheidung dafür zwei Argumente an.[597] Das erste Argument lautete:

> *Es versteht sich von selbst, dass gerade im vorbereitenden Verfahren, abhängig unter anderem von der kriminalistischen Erfahrung des zur Entscheidung Berufenen, unterschiedlich beurteilt werden kann, ob bestimmte Tatsachen einen Verdacht begründen und ob dieser – wie erforderlich ist, auch wenn das Gesetz keinen bestimmten Verdachtsgrad*

[593] Siehe *Rieß*, GS Meyer, S. 384, *Jäger*, in: KMR (37. Lfg. Mai 2004), § 98a Rn. 17, BGHSt 41, 30 (34); 48, 240 (248), *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 101. Dies gilt auch im Verwaltungsrecht, siehe *Decker*, in: Posser/Wolff (2008), § 114 Rn. 36.

[594] *Nell*, S. 223.

[595] Vgl. auch *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 408 und *ders.*, GA 2002, 535 (545).

[596] BGHSt 41, 30 = NStZ 1995, 510 = JR 1996, 212.

[597] BGHSt 41, 30 (33f.).

verlangt – mehr als nur unerheblich ist. Für die Prüfung, ob die Subsidiaritätsklausel der Anordnung der Maßnahme entgegensteht, gilt nichts anderes.[598]

Das zweite Argument schloss sich direkt an:

Das ergibt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber die Subsidiaritätsklausel in den §§ 98a, 100a, 100c, 110a StPO unterschiedlich gefasst hat, indem er teils genügen lässt, dass die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre (§ 100c Abs. 1 Nr. 1b StPO), teils verlangt, dass diese erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre (§ 98a Abs. 1 Satz 2, § 100c Abs. 2 Satz 2 StPO), teils erfordert, dass sie aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (§ 100a Satz 1, § 100c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 3, § 110a Abs. 1 Satz 3 StPO). Danach stellt sich das gesetzliche System der Subsidiaritätsklauseln als derart fein abgestimmt dar, dass die Übergänge notwendigerweise fließend und eindeutige – von den subjektiven Einschätzungen und Wertungen des zur Entscheidung Berufenen unabhängige – Grenzziehungen nicht möglich sind.

Der 1., der 3. und der 5. Strafsenat haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.[599] [600]

bb) Kritik der Literatur

Die Entscheidung erntete in der Literatur heftige Kritik,[601] fand aber auch Zuspruch.[602] Die Hauptkritikpunkte sind folgende:

Der Rechtsanwender habe nur dann einen Beurteilungsspielraum, wenn das Gesetz einen solchen Spielraum eröffne. Das sei durch Auslegung des einschlägigen Gesetzes zu ermitteln.[603]

Nach der Rechtsprechung des BVerfG komme ein Beurteilungsspielraum umso weniger in Betracht, je intensiver ein Grundrechtseingriff sei. Selbst wenn herkömmliche Auslegungsmethoden eine Eingriffsermächtigung wie § 100a StPO als normative Ermächtigung für einen Beurteilungsspielraum ansähen, wäre dieses

---

[598] Die im Urteil in Klammern eingefügten Fundstellen wurden hier zur besseren Lesbarkeit weggelassen.

[599] BGHSt 51, 1 (6); 47, 362 (365f.); 48, 240 (248).

[600] Allerdings vertreten der 1. und der 3. Senat verschiedenen Ansichten, wie der Beurteilungsspielraum verfahrensrechtlich zu überprüfen und ob die Überprüfung in den Urteilsgründen darzulegen sei. Dazu instruktiv *Schmidt* NJ 2008, 390ff.

[601] *Störmer* StV 1995, 653, *ders.* ZStW 1996, 495, *Bernsmann* NStZ 1995, 512, *Schlothauer* StraFo 1998, 402, *Neuhaus*, FS-Rieß, S. 393 -401, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100a Rn. 100ff., *Bach* Jura 2007, 12 (allein zum Beurteilungsspielraum beim „Verdacht“), *Fezer* JZ 2007, 665 (669f.), *Paeffgen*, FS Roxin, S. 1309ff., eher ausgewogen *Küpper* JR 1996, 214. Allgemein kritisch zur steigenden Zahl der durch die Rechtsprechung eingeräumten Beurteilungsspielräume im Strafrecht *Tolksdorf*, FS Meyer-Goßner, S. 523.

[602] *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 27.

[603] Störmer StV 1995, 653 (656), *ders.* ZStW 1996, 494 (507f. und 512), ihm zustimmend *Schlothauer* StraFo 1998, 402 (404) und *Neuhaus*, FS-Rieß, S. 399.

Zwischenergebnis im Wege der verfassungskonformen Auslegung deswegen dahingehend zu korrigieren, dass das anordnende Organ keine unüberprüfbare Entscheidungsprärogative habe.[604]

Die Existenz eines „fein abgestimmten" Systems von Subsidiaritätsklauseln spreche dafür, dass es auf diese Feinabstimmung ankomme. Anderenfalls hätte sich der Gesetzgeber auch mit Einheitsbegriffen begnügen können.[605] Die Funktion beziehungsweise der Zweck der Subsidiaritätsklauseln, die Zulässigkeit von Eingriffsbefugnissen zu staffeln und dadurch dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen, werde konterkariert: Die feine Abstufung des Systems müsse einem groben Maßstab weichen.[606]

Beurteilungsspielräume würden faktisch die Begründungserfordernisse reduzieren.[607] Schwierigkeiten der Rechtsmaterien gewährten keinen Beurteilungsspielraum.[608]

Die Gerichtsbarkeit habe auch die Aufgabe, das abstrakte Gesetz und insbesondere dessen unbestimmte Rechtsbegriffe zu interpretieren, um der (behördlichen) Praxis konkrete Vorgaben zu machen. Dies gelte umso mehr, wenn bei sehr vagen Rechtsbegriffen Grundrechtseingriffe in Rede stünden.[609]

cc) Stellungnahme

aaa) Stellungnahme zur Entscheidung des BGH

Die Entscheidung des 4. Strafsenats verdient im Ergebnis Zustimmung. Allerdings überzeugen die Argumente nicht.

Das erste Argument des Senats lautet zugespitzt: Jeder entscheidet anders, also gibt es einen Beurteilungsspielraum. Die Begründung – so wie der Senat sie tatsächlich gegeben hat – ist methodologisch nicht haltbar: Nach der Lehre vom Rechtssatz bestimmt nicht das Subsumptionsergebnis den Tatbestand, sondern der Tatbestand das Subsumptionsergebnis.

Auch das zweite Argument, der Wortlaut der verschiedenen Subsidiaritätsklauseln schaffe fließende Grenzen, überzeugt nicht. Fließende Grenzen schaffen Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen der Subsumption, aber keinen tatbestandlichen Beurteilungsspielraum.[610]

---

[604] *Störmer* StV 1995, 653 (656f.) unter Hinweis auf BVerfGE 88, 40 (59) und andere Entscheidungen, *ders.* ZStW 1996, 494 (500) m.w.N. zu positiven und negativen Kritiken dieser Rechtsprechung in der Verwaltungsliteratur.

[605] *Bernsmann* NStZ 1995, 512 (512), ähnlich *Küpper* JR 1996, 214 (216) und *Schlothauer* StraFo 1998, 402 (406).

[606] *Störmer* StV 1995, 653 (658), *ders.* ZStW 1996, 494 (520).

[607] *Störmer* StV 1995, 653 (658), *Weßlau* StV 1996, 579 (579).

[608] *Störmer* StV 1995, 653 (658), *ders.* ZStW 1996, 494 (519f.).

[609] *Störmer* StV 1995, 653 (658).

[610] Zudem ist das Argument der fließenden Grenzen in dieser Absolutheit nicht richtig: „Weniger erfolgversprechend" und „erschwert" stellen den geringsten Grad der Erfolgsminderung bzw. Erschwernis dar und liegen bei jeder Erfolgsminderung bzw. Erschwernis vor. „Aussichtslosigkeit"

bbb) Beurteilungsspielraum aus Prognosecharakter und Gesetzesauslegung

Dabei hat der 4. Senat das Richtige gemeint, nur nicht den richtigen Ausgangspunkt genannt: Die Frage, ob die Bedingungen der Vorrangigkeit einer Subsidiaritätsklausel erfüllt sind, zwingt zu einer Prognoseentscheidung, die ein Wahrscheinlichkeitsurteil beinhaltet, das von verschiedenen Rechtsanwendern zwangsläufig unterschiedlich gefällt werden wird und auch unterschiedlich gefällt werden *darf*. Der Tatbestand der Eingriffsermächtigung einer subsidiären Ermittlungsmaßnahme enthält daher einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob die Voraussetzungen der Vorrangigkeit erfüllt sind. Dies muss zumindest für die Prognose im engeren Sinne gelten, für den Prognosekern als den „Blick in die Zukunft".[611]

Denn bei Prognoseentscheidungen handelt es sich um Wahrscheinlichkeitsurteile, denen ein hohes Maß an Unsicherheit innewohnt.[612] Wahrscheinlichkeitsurteile sind Akte subjektiver Überzeugungsbildung, die zwangsläufig ein nicht weiter rational auflösbares Element persönlichen Überzeugtseins enthalten.[613] Bei einer vollen Überprüfung der Prognoseentscheidung müsste die Überprüfungsinstanz an die Stelle der zwangsläufig subjektiven Entscheidung des Anordnenden ihre ebenfalls zwangsläufig subjektive Entscheidung setzen.[614] Die Kontrolle wäre in der Qualität nicht besser als die überprüfte Entscheidung.[615] Die Ansicht ist richtig: Wo keine objektivierbaren Richtigkeitskriterien existieren, verliert eine Überprüfung ihre Funktion.[616] [617] Wahrscheinlichkeitsurteile sind daher immer nur auf ihre Vertretbarkeit hin überprüfbar.[618]

---

stellt den höchsten Grad der Erfolgsminderung dar. Die drei Begriffe weisen keine Interpretationsbandbreite auf, sind sofort subsumptionsfähig und erlauben stets ein sicheres Urteil. Fließende Grenzen gibt es bei ihnen nicht. Anders verhält es sich nur bei den unterbestimmten Bedingungen der Vorrangigkeit „erheblich weniger erfolgversprechend", „wesentlich erschwert" und „unverhältnismäßig erschwert".

611 Gegen eine generelle Einschätzungsprärogative auf Grund von Entscheidungen mit Prognosecharakter *Nell*, S. 219f., Breuer, Der Staat 1977, 21 (35), *Tettinger*, DVBl. 1982, 421 (425), *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Bd. 1 (42. Lfg. August 2003), Art 19 IV Rn. 198 jeweils mit weiteren Nachweisen.

612 *Mosbacher*, FS Seebode, S. 241.

613 *Küpper* JR 1996, 214 (215), *Mosbacher*, FS Seebode, S. 241.

614 *Küpper* JR 1996, 214 (215), *Mosbacher*, FS Seebode, S. 242, *Schmidt* NJ 2008, 390 (392).

615 *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren, III. Kap. Rn. 27.

616 *Maatz* weist darauf hin, dass es nicht mal in den exakten Wissenschaften (Naturwissenschaften) absolut sicheres Wissen gibt und ebenso wenig ganz genaue Ergebnisse bei naturwissenschaftlichen Messungen. Dies gelte umso weniger für die auf Wertungen beruhenden rechtlichen Entscheidungen (StraFo 2002, 373 (377f.)).

617 *Küpper* meint, bei der Frage, ob alternative Ermittlungsmaßnahmen „aussichtslos" seien, handle es sich im Gegensatz zu der Frage nach der „wesentlichen Erschwernis" nicht um ein zwangsläufig subjektives Wahrscheinlichkeitsurteil. Denn „Aussichtslosigkeit" liege vor, wenn andere Aufklärungsmittel gar nicht vorhanden seien. Dies sei ganz objektiv überprüfbar (JR 1996, 214 (216)). *Küppers* Definition der „Aussichtslosigkeit" ist allerdings unvollständig und führt ihn zum falschen Ergebnis: „Aussichtslosigkeit" liegt – wie dargestellt – vor, wenn keine *oder* nur unzureichende Auf-

Neben dem Wesen einer im Tatbestand geforderten Prognoseentscheidung ergibt sich ein Beurteilungsspielraum aus der subjektiv-teleologischen Gesetzesauslegung: Hierbei ist auf die Gesetzesbegründung zu § 98a StPO abzustellen. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass der Gesetzgeber § 98a StPO mit dem OrgKG 1992 in die Strafprozessordnung eingefügt und dabei zum ersten Mal die Zahl der Subsidiaritätsklauseln stark erhöht hat. Neben der Gesetzesbegründung von 1968 zur allerersten Subsidiaritätsklausel in § 100a StPO enthält lediglich die Begründung zu § 98a StPO etwas nähere inhaltliche Ausführungen zu Subsidiaritätsklauseln. Der Begründung kommt daher eine Schlüsselposition zu. In der Begründung zu § 98a StPO heißt es zur Subsidiaritätsklausel unter anderem:[619]

> *Stehen noch andere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung, hat aber eine Prognose zum Ergebnis, dass mit Hilfe dieser anderen Maßnahmen die vollständige Aufklärung der Straftat nicht annähernd in demselben Maße erreicht werden kann, wie es bei einem Einsatz der Rasterfahndung möglich erscheint („erheblich weniger Erfolg"), darf diese eingesetzt werden.*

Am wichtigsten ist in der Gesetzesbegründung das Wort „erscheint". Damit hat der Gesetzgeber zu verstehen gegeben, dass bei der Prognose die Sichtweise des Rechtsanwenders entscheidend ist. Er hat ihm dadurch einen Beurteilungsspielraum zugestanden.

ccc.) Stellungnahme zur Kritik der Literatur

Die aufgeführte Kritik aus der Literatur vermag daran nichts zu ändern: Sofern einige Autoren argumentieren, der Rechtsanwender habe nur dann einen Beurteilungsspielraum, wenn das Gesetz nicht nur einen unbestimmten Rechtsbegriff verwende, sondern dem Anwender einen Spielraum eröffne, übertragen sie die im Verwaltungsrecht herrschende „normative Ermächtigungslehre" auf das Strafverfahrensrecht.[620] Diese Lehre und die von ihr geforderte volle Überprüfbarkeit von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden geht auf Art. 19 IV 1 GG zurück. Die Verfassungsnorm garantiert jedermann Rechtsschutz, der durch die „öffentliche Gewalt" in seinen Rechten verletzt wird. Zur „öffentlichen Gewalt" in Sinne dieser Norm gehören nach einhelliger Meinung keine gerichtlichen Entscheidungen.[621] Art. 19 IV GG statuiert daher in seinem Hauptanwendungsfall die Kon-

---

klärungsmittel vorhanden sind. Ob vorhandene Aufklärungsmittel ausreichen, unterliegt aber einer subjektiven Einschätzung im Rahmen eines Wahrscheinlichkeitsurteils.

[618] *Schmidt* NJ 2008, 390 (392), *Mosbacher*, FS Seebode, S. 241.

[619] BT-Drucks. 12/989, S. 37. Ein längerer Auszug aus der Gesetzesbegründung zu § 98a StPO wurde bereits im 3. Kapitel VI 2 zitiert.

[620] Siehe zur „normativen Ermächtigungslehre" *Maurer*[17] (2009), § 7 Rn. 33ff. m.w.N.

[621] Dies würde anderenfalls zu einem Rechtsschutz ad infinitum führen und das notwendige Institut der Rechtskraft beseitigen. Die Vorschrift sei daher teleologisch zu reduzieren (*Schenke* JZ 1988, 317 (319)).

trolle der Gerichte über die Verwaltung.[622] Kontrollfreie Beurteilungsspielräume der Verwaltungsbehörden sind damit nur ausnahmsweise anzuerkennen, da sie auf eine Art. 19 IV GG entgegenstehende Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltungsbehörde hinausliefen.[623] Die Anwendung der „normativen Ermächtigungslehre" im Strafverfahrensrecht wird, da Art. 19 IV GG für gerichtliche Entscheidungen nicht gilt,[624] von den Befürwortern auf die Gesetzesbindung der Rechtsprechung nach Art. 20 III GG in Verbindung mit Art. 97 I GG gestützt: Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung müsse auch innerhalb der Judikative eine effektive Kontrolle gewährleisten. Das überprüfende Organ der Judikative dürfe daher dem zuerst entscheidenden Organ der Judikative keine Beurteilungsspielräume zugestehen, die das Gesetz nicht vorsehe.[625]

Die Übertragung der „normativen Ermächtigungslehre" auf richterliche Entscheidungen in Strafverfahren wird wegen fehlender Vergleichbarkeit zwischen der Kontrolle von Verwaltungsbehörden durch die Gerichte und der Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch die Judikative selbst zu Recht abgelehnt.[626] Letztendlich muss die Frage, ob die „normativen Ermächtigungslehre" auf das Strafprozessrecht übertragbar ist, bei den Subsidiaritätsklauseln aber nicht entschieden werden. Wie die obige Gesetzesauslegung gezeigt hat, *geben* Subsidiaritätsklauseln dem Rechtsanwender einen Beurteilungsspielraum.

Das weitere Argument der Literatur, wegen der grundrechtsintensiven Eingriffe sei ein Gesetz, das einen Beurteilungsspielraum einräume, verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass der Rechtsanwender keine unüberprüfbare Entscheidungsprärogative habe, ist – zumindest für Prognoseentscheidungen – nicht haltbar. Die Ansicht der Kritiker läuft auf eine vollumfängliche Überprüfung der Prognose hinaus. In einer von den Kritikern selbst angeführten Entscheidung hat das BVerfG dargelegt, die gerichtliche Überprüfungen prognostischer Einschätzungen (einer dem Überprüfungsmaßstab des Art. 19 IV unterliegenden Entscheidung einer Verwaltungsbehörde) sei ihrem Wesen nach aber auf die Frage beschränkt, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt worden und der Prognose eine geeignete Methode zugrunde gelegt worden sei. Eine volle Überprüfung nahm das BVerfG also gar nicht vor.[627] Dahinter steht die richtige Erkenntnis, dass Progno-

---

[622] Zu den übrigen, teilweise umstrittenen Anwendungsfällen siehe *Schenke* JZ 1988, 317 (319ff.).
[623] *Degenhart*[24] (2008), Rn. 422.
[624] Die Anordnung von Zwangsmaßnahmen durch den Ermittlungsrichter gehört materiell zur Rechtsprechung (BVerfGE 49, 329 (341), *Rieß* NStZ 1991, 513 (513), *Schmidt* NJ 2008, 390 (391)).
[625] *Störmer* ZStW 1996, 494 (507f.), *Schlothauer* StraFo 1998, 402 (404), *Neuhaus*, FS Rieß, S. 399.
[626] Siehe *Schmidt* NJ 2008, 390 (391f.), *Mosbacher*, FS Seebode, S. 242f.
[627] Siehe BVerfGE 88, 40 (60). Vgl. auch BVerfGE 76, 143 (167f.) und *Klein* in: *Benda/Klein*[2] (2001) Rn. 263. Völlig homogen ist die Rechtsprechung des BVerfG dabei jedoch nicht. In der Entscheidung vom 20.02.2001 zur Auslegung des Begriffs „Gefahr in Verzug" bei Eilanordnungen des Staatsanwalts wollte das BVerfG diesen Begriff trotz seiner prognostischen Komponente dagegen voll überprüfen (BVerfGE 103, 142 (156f.)). Später relativierte das Gericht seinen Standpunkt allerdings nicht unerheblich, indem es feststellte, der Richter habe die Entscheidung des Staatsanwalt zu Grunde zu legen, wenn sie naheliegend oder zumindest plausibel gewesen sei (BVerfGE 103, 142

seentscheidungen notwendig, aber nicht vollständig überprüfbar sind.[628] Die Eingriffsschwere einer Maßnahme hat auf die inhärente, subjektive Komponente der Prognoseentscheidung denklogisch keinen Einfluss. Die Konsequenz der Literaturmeinung wäre letztlich, schwere Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen auf Grund von Prognoseentscheidungen zu verbieten. Die Rechtswirklichkeit kann auf solche Prognoseentscheidungen – auch außerhalb des Strafprozessrechts und auch außerhalb der Rechtsprechung – freilich nicht verzichten.[629] Konsequenterweise sprach das BVerfG in einem Beschluss vom 08.11.2006 sogar bei potenziell so eingriffsschweren Entscheidungen wie der Frage, ob der Strafrest einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen oder nicht auszusetzen sei, von einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Gefährlichkeitsprognose. Dies gelte auch mit Blick auf die Unsicherheiten der Prognose als Grundlage für den weiteren Freiheitsentzug.[630]

Die weiteren Argumente der Literatur, namentlich faktisch reduzierte Begründungsanforderungen und die Konterkarierung des fein abgestuften Systems sind – sofern man die Richtigkeit der Aussagen anerkennt – Folgen der gesetzgeberisch gewollten Lockerung der Gesetzesbindung, wie sie mit einem zugestandenen Beurteilungsspielraum zu Tage tritt.

Das letzte Argument, die Rechtsprechung habe die Aufgabe, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren, ist richtig. Um zu entscheiden, ob eine Prognose noch vertretbar gewesen ist, wird es zwangsläufig darauf ankommen, die Bedingungen der Vorrangigkeit wie „wesentlich erschwert" oder „erheblich weniger erfolgversprechend" so gut es geht zu definieren. Das wird der BGH zukünftig tun müssen.[631] Allerdings beeinträchtig die bislang fehlende Konkretisierung nicht den sich aus der Gesetzesauslegung ergebenden Beurteilungsspielraum, sondern erschwert dessen Überprüfbarkeit.

---

(159)). Das BVerfG hat dem Staatsanwalt dadurch im Ergebnis doch einen Beurteilungsspielraum gewährt (*Schmidt* NJ 2008, 390 (393)).

[628] Oder wie *Klein* lakonisch feststellt: „In die Zukunft sehen kann das BVerfG nicht besser als andere Gerichte" (*Benda/Klein*² (2001) Rn. 263).

[629] So hat das BVerfG *festgestellt*: „Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose, sind im Recht aber gleichwohl unumgänglich. Die Prognose ist und bleibt als Grundlage jeder Gefahrenabwehr unverzichtbar, mag sie auch im Einzelfall unzulänglich sein" (BVerfGE 109, 133 (158)).

[630] Siehe BVerfG NJW 2007, 1933 (1937 Rn. 90). An anderer Stelle desselben Beschlusses verneinte das BVerfG die Unbestimmtheit einer solchen Prognose: „Dass Prognosen über den Grad künftiger Gefährlichkeit eines Verurteilten in tatsächlicher Hinsicht mit Schwierigkeiten verbunden sind, liegt in der Natur der Sache, führt aber nicht zu einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit der vom Gesetzgeber normierten Voraussetzungen" (1941 Rn. 125).

[631] Dabei ist auch Folgendes zu beachten: Dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ist nur dann Genüge getan, wenn unbestimmte, ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung ausgelegt und konkretisiert werden (BVerfG NJW 2007, 1933 (1941 Rn. 119) m.w.N. aus seiner Rechtsprechung).

Als Ergebnis ist festzuhalten: Der Rechtsanwender (Ermittlungsrichter und im Falle der Eilzuständigkeit der Staatsanwalt und gegebenenfalls der Polizeibeamte) hat bei der Frage, ob die Bedingungen der Vorrangigkeit einer Subsidiaritätsklausel erfüllt seien, einen Beurteilungsspielraum. Das ergibt sich aus der Auslegung des Gesetzes und aus der Natur der vom Gesetz abverlangten Prognoseentscheidung.

e) Prüfungsmaßstab

Als nächstes stellt sich die Frage, inwieweit die Ausübung des bestehenden Beurteilungsspielraums überprüft werden darf. Es ist die Frage nach dem Prüfungsmaßstab. In der Sache geht es aber letztlich darum, wann eine Prognoseentscheidung materiell rechtmäßig bzw. rechtswidrig ist. Auch der Prüfungsmaßstab soll an dieser Stelle behandelt werden, da er mit dem Beurteilungsspielraum unmittelbar zusammenhängt: Der Prüfungsmaßstab entscheidet faktisch über die Größe des Beurteilungsspielraums.

aa) Urteil des BGH vom 16.02.1995 – BGHSt 41, 30

Zum Prüfungsmaßstab führte der 4. Senat in seinem Urteil vom 16.02.1995 aus:[632]

> *Als rechtswidrig (mit der Folge eines Verwertungsverbotes) stellt sich die von dem Ermittlungsrichter oder dem Staatsanwalt angeordnete Telefonüberwachung nur dann dar, wenn deren Entscheidung – was im Ergebnis auf eine Kontrolle nach dem Maßstab (objektiver) Willkür oder grober Fehlbeurteilung hinauslaufen mag – nicht mehr vertretbar ist.*

bb) Kritik der Literatur

Auch an dem Prüfungsmaßstab des 4. Senats hat die Literatur Kritik geübt: Wie bei der Gewährung eines Beurteilungsspielraums überhaupt, geht die bereits zitierte Kritik bei dem davon nicht zu trennenden Prüfungsmaßstab dahin, dass die feine Abstufung des Systems der Subsidiaritätsklauseln konterkariert werde.

Fezer meint zudem, nach dem Urteil des BVerfG vom 20.02.2001 zur vollen Überprüfbarkeit des Begriffs „Gefahr in Verzug“ bei Eilentscheidungen des Staatsanwalts[633] sei der Standpunkt des 4. Senats nicht mehr haltbar.[634]

Schmidt findet, um eine angemessene prozessuale Kontrolle von Anordnungsentscheidungen zu gewährleisten, sollte nicht nur der Vertretbarkeitsmaßstab angelegt, sondern auf die aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannten Überprüfungsmaßstäbe zurückgegriffen werden: Beurteilungsüberschreitung, Beurteilungsdefizit und Beurteilungsmissbrauch.[635]

---

[632] BGHSt 41, 30 (34).
[633] BVerfGE 103, 142 (156f.).
[634] *Fezer* JZ 2007, 665 (669 Fn. 14).
[635] *Schmidt* NJ 2008, 390 (393).

cc) Stellungnahme

Fezers Argument ist nicht stichhaltig: Das BVerfG hat die Eilanordnung des Staatsanwalts trotz seines Status als selbständiges Organ der Rechtspflege an dem Maßstab des Art. 19 IV GG gemessen. Das BVerfG hat es unter Anwendung der „normativen Ermächtigungslehre" abgelehnt, allein wegen der prognostischen Komponente des Begriffs „Gefahr in Verzug" dem Staatsanwalt einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen.[636] Bei den Subsidiaritätsklauseln liegt es – wie aufgezeigt – dagegen anders: Sie genügen sogar der normativen Ermächtigungslehre. Der Beurteilungsspielraum stützt sich bei ihnen auf die Gesetzesauslegung, nicht nur auf das Wesen einer Prognoseentscheidung mit ihrer zwangsläufigen Unsicherheit.

Die von *Schmidt* geforderte Übertragung verwaltungsrechtlicher Überprüfungsmaßstäbe auf das Strafverfahren ist schon vom Grundsatz her problematisch. Diese Maßstäbe sind Ausfluss der großen Kontrolldichte, wie sie Art. 19 IV GG für die verwaltungsgerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen vorschreibt. Eine so genaue Überprüfung des Beurteilungsspielraums schreibt das Gesetz mit § 114 VwGO analog[637] deswegen auch nur den Verwaltungsgerichten vor. Die Überprüfungsmaßstäbe aus dem Verwaltungsprozessrecht lassen sich jedoch teilweise mit dem Vertretbarkeitsmaßstab (keine objektive Willkür und keine grobe Fehlbeurteilung) des 4. Senats vereinbaren, gehen im Übrigen aber zu weit:

Ob der Anordnende sich noch im gesetzlichen Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs gehalten hat oder den Begriffs falsch ausgelegt hat (Frage der Beurteilungsüberschreitung), wird als grobe Fehlbeurteilung im Sinne des Urteils des 4. Senats zu untersuchen sein. Das Gesetz auszulegen und den richtigen Obersatz zu bilden gehört zur richterlichen Kerntätigkeit und ist als Ausgangspunkt der Entscheidung von überragender Bedeutung. Waren sachfremde Erwägungen maßgeblich für die Entscheidung (Beurteilungsmissbrauch), handelt es sich um objektive Willkür.

Schmidts weitere Forderung, zu überprüfen, ob alle entscheidungsrelevanten Umstände berücksichtigt worden seien und ob der Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt worden sei (Beurteilungsdefizit), geht dagegen zu weit.[638] Der Ermittlungsrichter, der über die Anordnung subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen in der Regel zu entscheiden hat, ist weder verpflichtet noch berechtigt, selbst Ermittlungen durchzuführen oder von der Polizei durchführen zu lassen.[639] Die

---

[636] BVerfGE 103, 142 (156).

[637] *Kopp/Schenke*[13] (2003), § 114 Rn. 23, *Decker*, in: Posser/Wolff (2008), § 114 Rn. 29ff.

[638] Hier wird nicht die Selbstverständlichkeit in Frage gestellt, den Sachverhalt möglichst richtig und vollständig zu ermitteln, sondern nur die Pflicht, im Rahmen einer Überprüfung dies lückenlos nachzuvollziehen.

[639] *LG Stuttgart* NStZ 1983, 520 (520) mit zustimmenden Anm. von *Rieß* NStZ 1983, 521 (521f.), *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2008), § 162 Rn. 33, *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 162 Rn. 5.

Prüfung einer vollständigen und richtigen Sachverhaltsermittlung würde die Anordnung des Ermittlungsrichters daher an der Erfüllung von Pflichten messen, die er gar nicht hat.[640] Zudem besteht zwischen der verwaltungsgerichtlich zu überprüfenden Entscheidung einer Verwaltungsbehörde und der eines Ermittlungsrichters ein wesentlicher struktureller Unterschied: Die Verwaltungsbehörde fällt eine abschließende Entscheidung nach vollständiger Ermittlung des Sachverhalts, die Anordnung des Ermittlungsrichters dient dagegen erst dieser vollständigen Ermittlung in einem laufenden Verfahren. Der Ermittlungsrichter muss seine Anordnung häufig schnell in einem von drohenden Beweismittelverlusten geprägten Ermittlungsverfahren treffen. Die Ermittlung des Sachverhalts kann hier meistens gar nicht so vollständig wie am Ende des Ermittlungsverfahrens sein und sollte daher auch nicht zum Maßstab gemacht werden.

Die strafrechtliche Rechtsprechung hat mangels eines § 114 VwGO noch keine detaillierte Kasuistik entwickelt, welche Beurteilungsfehler eine Entscheidung bei der Anwendung der Subsidiaritätsklauseln rechtswidrig machen sollen. Einerseits kann auf Grund des aufgezeigten Unterschieds zwischen der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde (sowie der diesbezüglich bestehenden engeren rechtlichen Vorgaben) und der eines Ermittlungsrichters die Kontrolldichte nicht so groß wie im Verwaltungsrecht sein. Andererseits kann der Beurteilungsspielraum nicht gänzlich unüberprüfbar bleiben. Mit „objektive Willkür" und „grobe Beurteilungsfehler" hat der 4. Strafsenat des BGH zwei brauchbare Oberbegriffe vorgegeben, auf denen es aufzubauen und die es auszufüllen gilt: Unter „objektive Willkür" wird man sachfremde Erwägungen zu subsumieren haben, die außerhalb der entscheidungserheblichen Rechtsnormen liegen. Unter „grobe Beurteilungsfehler" sollte die falsche Bildung des Obersatzes für die Subsidiaritätsklauseln fallen sowie die falsche Subsumption, das heißt die gedanklich nicht mehr mögliche Schlussfolgerung, der festgestellte Sachverhalt falle unter den Obersatz. Bei dieser Schlussfolgerung wird eine maßgebliche Rolle spielen, ob sie (noch) kriminalistischen Erfahrungen entspricht. Gewichtungen, die sich noch innerhalb denklogischer Grenzen bewegen, dürfen dagegen nicht beanstandet werden.

f) Folgen positiver oder negativer Prognose

Die subsidiäre Maßnahme darf – neben den ohnehin grundsätzlich vorrangigen Maßnahmen – nur dann vorrangig angewandt werden, wenn die Prognose positiv ausfällt, das heißt die Ermittlungen auf andere Weise „weniger erfolgversprechend", „wesentlich erschwert" und so weiter wären. Die Subsidiaritätsklauseln enthalten insofern eine Feststellungslastregel: Kann der Rechtsanwender (unter

[640] Allerdings hat der Ermittlungsrichter nach richtiger Ansicht des *LG Stuttgart* NStZ 1983, 520 (521) und *Rieß* NStZ 1983, 521 (522) das Recht, aus seiner Sicht fehlende Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft nachholen zu lassen und bei deren Weigerung den Antrag abzulehnen. Insofern kann man einen unvollständig ermittelten Sachverhalt letztlich auch dem Ermittlungsrichter anlasten.

Ausnutzung seines Beurteilungsspielraums) keine positive Prognose stellen, weil er sich nicht sicher ist oder weil er die Prognose sogar für negativ hält, muss er auf die subsidiäre Maßnahme vorerst verzichten. Der Rechtsanwender darf die nachrangige Maßnahme jedoch eventuell später anwenden:

Das ist zum einen der Fall, wenn die vorrangigen Maßnahmen sich als erfolglos erweisen.[641] Diese Auslegung ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut der Klauseln, jedoch aus einem Erst-recht-Schluss: Wenn die subsidiäre Maßnahme schon bei einem gewissen Grad der wahrscheinlichen Erfolgsminderung bei alleiniger Anordnung alternativer Maßnahmen vorrangig angeordnet werden darf, dann erst recht nachträglich bei deren Erfolglosigkeit. Das entspricht auch dem Sinn und Zweck der Subsidiaritätsklauseln. Sie wollen lediglich die Eingriffe in die Rechte der Adressaten minimieren, indem sie eine Rangfolge unter den Maßnahmen schaffen, jedoch nicht die Erforschung des Sachverhalts vereiteln, wenn nur mittels der subsidiären Maßnahme diese Erforschung noch theoretisch möglich sein könnte. Für die erschwernisorientierten Bedingungen der Vorrangigkeit wird man allerdings nicht annehmen können, dass die subsidiäre Maßnahme nachträglich zulässig wird, wenn die bereits erfolgte Durchführung alternativer Maßnahmen entgegen der ersten Annahme in einem bestimmten Maße erschwert gewesen ist. Denn während der Ermittlungserfolg noch erreicht werden könnte, ist es nicht mehr möglich, die Ermittlungen durch nachträgliche Anordnung der subsidiären Maßnahme rückwirkend zu erleichtern.

Zum anderen darf der Rechtsanwender die subsidiäre Maßnahme natürlich auch dann anwenden, wenn sich nach der ersten Prognose neue Erkenntnisse ergeben, die nun eine positive Prognose erlauben.

g) Durchführungszwang bei positiver Prognose

Der Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln zwingt die Ermittlungsbehörde nicht, bei einer positiven Prognose die subsidiäre Maßnahme vorrangig anzuwenden, beziehungsweise auf Grund des zumeist bestehenden Richtervorbehalts den Staatsanwalt, einen Antrag auf Anordnung der Maßnahme beim Ermittlungsrichter zu stellen. Allein nach dem Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln ist die Durchführung der subsidiären Maßnahme bei positiver Prognose also kein Zwang, sondern eine Möglichkeit. Allerdings ist die Ermittlungsbehörde auf Grund anderer Normen gezwungen, bei positiver Prognose die subsidiäre Maßnahme durchzuführen, falls sie schnellere Ermittlungen und/oder erkenntnisreichere Ergebnisse verspricht: Das Legalitätsprinzip nach §§ 152 II, 160 I StPO gebietet der Staatsanwaltschaft, gründlich und zuverlässig zu ermitteln und dabei von Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.[642] Das Beschleunigungsgebot zwingt sie, dabei möglichst ohne

[641] So auch *Bernsmann/Jansen* StV 1998, 217 (220).

[642] *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 160 Rn. 1, *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 152 Rn. 3, *Schroeder* JZ 1986, 1028 (1033).

unnötige Verzögerungen zu arbeiten.[643] Allerdings hat die Ermittlungsbehörde auf Grund des Grundsatzes der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens ein gewisses taktisches Handlungsermessen.

2. Abweichung: erweiterte Prognose?

In drei Eingriffsermächtigungen hat der Gesetzgeber die im Rahmen der Anordnung zu treffende Prognoseentscheidung erweitert und die Erweiterung sprachlich mit den Subsidiaritätsklauseln verquickt. Es handelt sich um die Anwendung für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel gegenüber Dritten (§ 100h II 2 Nr. 2 StPO), die Ausschreibung Dritter zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e I 3 StPO) und die längerfristige Beobachtung Dritter (§ 163f I 3 StPO). So lautet beispielsweise der relevante Passus in § 163f I 3 StPO:

> *Gegen andere Personen ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, (…) dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*

Der Rechtsanwender hat bei diesen drei Eingriffsermächtigungen eine Doppelprognose zu stellen: Zum einen muss er „ganz normal" prognostizieren, ob die Ermittlungen ohne die subsidiäre Maßnahme in einem bestimmten Maße weniger erfolgversprechend oder erschwert und damit (im Umkehrschluss) unter Anwendung der subsidiären Maßnahme erfolgversprechender oder leichter wären.[644] Zum anderen muss er prognostizieren, ob auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, die subsidiäre Maßnahme werde zur Erforschung eben dieses Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes dieses Täters auch tatsächlich führen. Beide Prognosen beziehen sich also auf die Erreichung derselben Ziele mit Hilfe desselben Mittels. *Bernsmann/Jansen* meinen, diese zusätzliche Anordnungsvoraussetzung sei so eng mit der Subsidiaritätsklausel im engeren Sinne verquickt, dass sie als Subsidiaritätsbedingung im weiteren Sinne bezeichnet werden könne.[645]

Es stellt sich daher die Frage, ob es sich bei der zweiten Prognose um eine Erweiterung der im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln zu stellenden Prognose handelt und damit um einen Sonderfall dieser Prognose. Trotz der inhaltlichen Nähe und der Verwendung gleicher Formulierungen für die Ziele, ist die Frage zu verneinen. Beide Prognosen sind innerhalb zweier selbständiger Zulässigkeitsvoraussetzungen zu stellen. Während die bisher behandelten Subsidiaritätsklauseln ein

---

[643] Zur Herleitung des Beschleunigungsgebots aus verschiedenen Grundsätzen/Rechtsnormen siehe *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), Einl. Rn. 160.

[644] § 100h II 2 Nr. 2 StPO betrifft dabei die Klausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert", die §§ 163e I 3, 163f I 3 StPO die Klausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert".

[645] StV 1998, 217 (221).

vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unabhängiges Mittel der normativen Selbstrestriktion sind,[646] handelt es sich bei der zweiten Prognose um eine Konkretisierung eben dieses Grundsatzes in seinem Merkmal der „Geeignetheit“: Eine Maßnahme ist im Sinne des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit „geeignet“, wenn sie den gewünschten Erfolg fördern kann, ungeeignet dagegen nur dann, wenn sie dem Ziel schlechthin undienlich ist.[647] Dieses Merkmal hat der Gesetzgeber in den genannten Eingriffsermächtigungen verengt. Die jeweilige subsidiäre Maßnahme soll es nicht lediglich fördern, die Ermittlungsziele zu erreichen, sondern es tatsächlich tun.[648] Die Prognosen beziehen sich also auf Prüfungspunkte mit unterschiedlichen Ausrichtungen.

Eine redaktionelle Neufassung des Gesetzgebers unterstützt diese Sichtweise: Bei der Neufassung der Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung hat er § 100c II 5 StPO a.F., der ebenfalls eine solche Doppelprognose verlangt hatte, aufgelöst und redaktionell aufgeteilt in § 100c I Nr. 4 und III 2 Nr. 2 StPO neu gefasst.[649] Wären beide Prognosen Ausfluss der hier zu behandelnden Subsidiaritätsklauseln, also ein und dieselbe Zulässigkeitsvoraussetzung, hätte der Gesetzgeber sie redaktionell nicht deutlich voneinander getrennt.

Aus den genannten Gründen ist die hier behandelte zweite Prognose kein abweichender Fall der im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln zu stellenden Prognose, sondern eine davon zu trennende Prognose im Rahmen einer selbständigen Zulässigkeitsvoraussetzung.

C. Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln

I. Rangfolge

Aus der Untersuchung des Bedeutungsgehalts der Subsidiaritätsklauseln, insbesondere der Bedingungen der Vorrangigkeit, ergibt sich für die Klauseln folgende Rangfolge von weit (mild) zu eng (streng):

1. „weniger erfolgversprechend oder erschwert“
2. „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“
3. „aussichtslos oder wesentlich erschwert“
4. „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“
5. „aussichtslos“

[646] Siehe 5. Kapitel C I 4 am Ende.
[647] Siehe ausführlicher 5. Kapitel B II 2 m.w.N.
[648] Bei der zweiten Prognose ergibt sich übrigens bereits aus der grammatischen Auslegung, dass der Rechtsanwender einen Beurteilungsspielraum hat: Es müsse „anzunehmen“ sein, die subsidiäre Maßnahme werde zum beschriebenen Ziel führen.
[649] Vgl. 3. Kapitel VIII 3.

Für die Klauseln Nummer 1 bis 3 ergibt sich die Rangfolge bereits aus ihrem bloßen Wortlaut: Die 2. Klausel ist sowohl in der erfolgsorientierten Bedingung der Vorrangigkeit „erheblich weniger erfolgversprechend“ als auch in der erschwernisorientierten „wesentlich erschert“ strenger als die 1. Klausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert“. Die 3. Klausel ist in ihrer erschwernisorientierten Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert“ zwar gleichstreng wie die 2. Klausel, dafür jedoch strenger in ihrer erfolgsorientierten Bedingung der Vorrangigkeit: „aussichtslos“ statt „erheblich weniger erfolgversprechend“. Die 4. Klausel ist in ihrer erfolgorientierten Bedingung der Vorrangigkeit „aussichtslos“ gleichstreng wie die 3., in ihrer erschwernisorientierten „unverhältnismäßig erschwert“ jedoch strenger.

Die eingliedrige 5. Subsidiaritätsklausel[650] ist schließlich die strengste. Sie hat zusammen mit der 3. und 4. Klausel die strengste erfolgsorientierte Bedingung der Vorrangigkeit: „aussichtslos“. Im Gegensatz zu den beiden zweigliedrigen Subsidiaritätsklauseln enthält sie jedoch keine erschwernisorientierte Bedingung der Vorrangigkeit. Im Gegensatz zu den Klauseln Nummer 3 und 4 kann also eine grundsätzlich subsidiäre Maßnahme unter der eingliedrigen 5. Klausel niemals aus Gründen der Ermittlungserschwernis vorrangig angewandt werden. Die 5. Klausel „aussichtslos“ ist daher zwangsläufig strenger als die Klauseln „aussichtslos oder wesentlich erschwert“ und „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“.[651]

Die Klauseln Nummer 1 bis 4 werden meistens als „einfache“, „qualifizierte“, „strenge“ und „Ultima-ratio-Klausel“ bezeichnet.[652] In wenigen Fällen werden sowohl die 3. wie auch die 4. Klausel als die „strenge“ bezeichnet.[653] Die eingliedrige 5. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“ hat in der Literatur bislang keinen eigenen Namen erhalten, obwohl gerade sie sich in ihrer Struktur von den anderen sehr unterscheidet. Angesichts von fünf verschiedenen Subsidiaritätsklauseln sollte zur besseren Übersicht gänzlich darauf verzichtet werden, den Klauseln Namen wie „einfache“, „qualifizierte“ und so weiter zu geben.

II. Ultima-ratio-Klausel?

Auf eine Klausel ist noch näher einzugehen, da die herrschende Ansicht – entgegen der hier vertretene Meinung – sie für die strengste Klausel, die „Ultima-ratio-Klausel“, hält. Es ist die Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aus-

---

[650] Siehe zum Begriff „eingliedrige Subsidiaritätsklausel“ 2. Kapitel B II 3 c).

[651] Wie hier *Hilger*, FS Salger, S. 327. *Hilger* konnte sich allerdings in seinem Beitrag aus dem Jahr 1995 auf die erst 1998 in § 100c StPO I Nr. 3 a.F. eingeführte Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“ noch nicht beziehen. Gleicher Ansicht auch 1990 *Rieß* (FS Meyer, S. 386) für die drei damals erst geplanten Klauseltypen des StVÄG 1989, des späteren OrgKG 1992.

[652] Siehe beispielsweise *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100c Rn. 15.

[653] Siehe beispielsweise *Gercke*, in: HK[4] (2009), vor §§ 94ff. Rn. 16. Die einheitliche Namensgebung ist inkonsequent, da nach dem Willen des Gesetzgebers die erschwernisorientierte Voraussetzungen der Vorrangigkeit „unverhältnismäßig erschwert“ strenger sein sollte als „wesentlich erschwert“ (so auch *Gercke*, in: HK[4] (2009), § 100c Rn. 18).

sichtslos", die lediglich in der Eingriffsermächtigung für die akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO) enthalten ist.[654]

Ausgangspunkt der Argumentation der herrschenden Meinung ist die richtige Feststellung, laut der Gesetzesbegründung zur akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100c I Nr. 3 StPO a.F.) greife die Maßnahme weitreichend in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ein und sei deswegen nur als letztes Mittel zulässig.[655] Die herrschende Meinung schließt aus dieser Begründung: Wenn die akustische Wohnraumüberwachung laut dem Gesetzgeber nur als letztes Mittel eingesetzt werden darf, ist sie gegenüber allen anderen Maßnahmen subsidiär und unterliegt folglich der strengsten Subsidiaritätsklausel – so auch das BVerfG in seinem Urteil vom 03.03.2004.[656]

In der Begründung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des BVerfG vom 03. März 2004, durch das die akustische Wohnraumüberwachung in § 100c StPO neu gefasst worden ist,[657] hat der Gesetzgeber die Subsidiarität noch deutlicher herausgestellt:[658]

> *Die Subsidiaritätsklausel verdeutlicht, dass die akustische Wohnraumüberwachung ultima ratio der Strafverfolgung ist und als schwerstes Eingriffsmittel gegenüber allen anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zurücktritt (vgl. BVerfG, a.a.O., Absatz Nr. 223 f.).*

Die plausibel klingende Argumentation der herrschenden Meinung hat einen entscheidenden Schwachpunkt: Sie ist mit dem Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln nicht vereinbar. Dies soll anhand der eben genannten Entscheidung des BVerfG näher dargelegt werden.

Das BVerfG argumentiert zu der erschwernisorientierten Bedingung der Vorrangigkeit „unverhältnismäßig erschwert", sie sei nach der Gesetzesbegründung zu § 100c I Nr. 3 StPO a.F. eine weitere Steigerung gegenüber den erschwernisorientierten Bedingungen „erschwert" und „wesentlich erschwert" und daher unter ihnen am strengsten.[659] Das ist zwar richtig, allerdings ist die Auswahl mit „erschwert", „wesentlich erschwert" und „unverhältnismäßig erschwert" nicht vollständig. Bei der eingliedrigen Subsidiaritätsklausel „aussichtslos" kann die subsidiäre Maßnahme aus Erschwernisgründen gar nicht vorrangig angewandt werden, da diese Klausel keine erschwernisorientierte Bedingung der Vorrangigkeit enthält. Enthält eine Subsidiaritätsklausel aber keine erschwernisorientierte Bedingung der Vorrangigkeit, ist sie in diesem Punkt zwangsläufig strenger als eine Klausel mit einer solchen Bedingung, sei die Bedingung noch so eng.

---

[654] Siehe BVerfGE 109, 279 (341 - 343), *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100c Rn. 15, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 100c Rn. 51.

[655] BT-Drucks. 13/8651, S. 13, vgl. auch BT-Drucks. 13/8650, S. 5 und 3. Kapitel VIII 2.

[656] BVerfGE 109, 279 (341 – 343).

[657] Vgl. 3. Kapitel VIII 3.

[658] BT-Drucks. 15/4533, S. 13.

[659] BVerfGE 109, 279 (342).

Hinsichtlich der erfolgsorientierten Bedingung der Vorrangigkeit „aussichtslos“ meint das BVerfG, auch dieses Tatbestandsmerkmal sei strenger als das „aussichtslos“ in allen anderen Klauseln. Das BVerfG führt dazu zwei Argumente an: Erstens beziehe sich die Absicht des Gesetzgebers, die akustische Wohnraumüberwachung als die ultima ratio der Strafverfolgung auszugestalten, auch auf das Merkmal der Aussichtslosigkeit. Zweitens habe der Gesetzgeber die Subsidiaritätsklausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“ unmittelbar in Art. 13 III GG aufgenommen und ihr damit gegenüber einfachgesetzlichen Subsidiaritätsklauseln ein verfassungsrechtliches und damit besonderes Gewicht verliehen.[660]

Die Argumente sind nicht stichhaltig: Das Adjektiv „aussichtslos“ bezeichnet bereits den denkbar geringsten Grad an Erfolgsaussicht und ist daher nicht steigerungsfähig. Der Wortlaut setzt mit seinem noch möglichen Wortsinn der Auslegung im engeren Sinne absolute Grenzen.[661] Er steht somit der durch das BVerfG vorgenommenen Auslegung klar entgegen, laut der die Bedingung der Vorrangigkeit „aussichtslos“ in der erwähnten Klausel strenger ist als die Bedingung der Vorrangigkeit „aussichtslos“ in anderen Klauseln. Daran ändert auch nichts, dass der Gesetzgeber die Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“ in Art. 13 III GG kodifiziert hat. Art. 13 III GG ist gegenüber den anderen Klauseln der Strafprozessordnung, die das Merkmal der Aussichtslosigkeit enthalten, zwar das höherrangigere Gesetz. Der höhere Rang als solcher ist ohne den konkreten Inhalt des Gesetzes jedoch nichtssagend und wertlos, da nicht erkennbar wird, was genau einen höheren Rang genießen soll. Das höherrangigere Gesetz muss es durch Worte festlegen. Dabei unterliegt Art. 13 III GG jedoch genauso der aufgezeigten Wortlautgrenze und kann daher nicht über die einfachgesetzlichen Subsidiaritätsklauseln hinausgehen. Oder kürzer formuliert: Es gibt keine „aussichtslos*eren*“ und „aussichtslos*esten*“ Ermittlungen – auch nicht im Grundgesetz.

Es muss daher bei der Feststellung verbleiben, dass die eingliedrige Klausel „aussichtslos“ nach dem Wortlaut aller Klauseln die strengste ist. Hinsichtlich der akustischen Wohnraumüberwachung lautet das Fazit: Die akustische Wohnraumüberwachung ist nach dem Willen des Gesetzgebers die Ultima-ratio-*Maßnahme*, die Subsidiaritätsklausel in ihrer Eingriffsermächtigung § 100c StPO allerdings nicht die Ultima-ratio-*Klausel*. Diesen Widerspruch kann man nur auflösen, indem man die Gesetzesauslegung im engeren Sinne verlässt und sich über den Gesetzeswortlaut der Klauseln hinwegsetzt. Davon handelt das nächste Kapitel.

---

[660] BVerfGE 109, 279 (342f.). Dem BVerfG folgend *Nack*, in: KK[6] (2008), § 100c Rn. 14.

[661] *Larenz*, Methodenlehre, 5. Kapitel 2 f), S. 231.

7. Kapitel: Kollision von Subsidiaritätsklauseln

A. Überblick

Das Kapitel beschäftigt sich mit Fragen der Kollision von Subsidiaritätsklauseln: Welche grundsätzliche Rangfolge gilt unter den konkurrierenden Ermittlungsmaßnahmen, wenn mehrere von ihnen Subsidiaritätsklauseln enthalten? Nach Darstellung eines bei der Kollision von Subsidiaritätsklauseln entstehenden Verweisungsproblems (B I.) untersucht das Kapitel zunächst die Kollision gleichstrenger Klauseln (B II.) und anschließend die verschiedenstrenger Klauseln (B III.). Zum Schluss widmet sich das Kapitel der Frage, ob auch mehrere subsidiäre Maßnahmen von Anfang an die grundsätzliche Rangfolge überwinden dürfen oder ob ihre kollidierenden Klauseln dies nicht gestatten (C).[662]

[662] Die im vorliegenden Kapitel zu behandelnde Problematik der Kollision von Subsidiaritätsklauseln ist nicht zu verwechseln mit der hier nicht zu untersuchenden Problematik der allgemeinen Kumulation von Ermittlungsmaßnahmen: Die Problematik der Kumulation besteht ganz unabhängig von Subsidiaritätsklauseln und Subsidiaritätsverhältnissen. Sie betrifft unterschiedslos Maßnahmen, die

B. Kollision von Subsidiaritätsklauseln gleicher und verschiedener Ordnung

I. Ausgangsproblem: Ringverweis bei Kollision von Subsidiaritätsklauseln

Verfolgen verschiedene subsidiäre Ermittlungsmaßnahmen, die angewendet werden sollen, unterschiedliche Ziele, kann es zwischen den Subsidiaritätsklauseln dieser Maßnahmen per definitionem nicht zu Kollisionen kommen: Subsidiaritätsklauseln begründen als Rechtsnormen ein ausdrückliches Subsidiaritätsverhältnis nur zwischen Ermittlungsmaßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen.[663] Aus Sicht der Subsidiaritätsklauseln bilden die verschiedenen subsidiären und nicht subsidiären Ermittlungsmaßnahmen parallel verlaufende Stränge, wobei die Maßnahmen innerhalb eines Stranges das gleiche Ziel verfolgen. Nur innerhalb der einzelnen Stränge können Subsidiaritätsklauseln Subsidiaritätsverhältnisse bilden und miteinander kollidieren.

Das Problem der Kollision von Subsidiaritätsklauseln stellt sich also von vornherein nur zwischen subsidiären Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen. Hierbei entsteht nach dem Wortlaut der Klauseln das Problem eines Ringverweises, das in der Literatur allerdings ausschließlich als ein Problem bei der Kollision zweier gleichstrenger Klauseln gesehen wird.[664] Die Klauseln würden sich nach ihrem Wortlaut gegenseitig blockieren: Bei der Prüfung der Maßnahme A wäre zu erwägen, ob das gleiche Ermittlungsziel „auf andere Weise" mit der Maßnahme B zu erreichen wäre. Dies würde die Zulässigkeit der Maßnahme B voraussetzen. Bei der Frage nach der Zulässigkeit der Maßnahme B wäre zu prüfen, ob das Ermittlungsziel „auf andere Weise" mit der Maßnahme A erreicht werden könnte. Dies würde die Zulässigkeit der Maßnahme A voraussetzen und so weiter. Die vom Gesetz vorgeschriebene Prüfung würde notwendigerweise zirkulär.[665] Nach dem Wortlaut der Klauseln entsteht der Ringverweis allerdings immer, wenn die Klauseln zweier subsidiärer Maßnahmen miteinander kollidieren, also auch wenn sie unterschiedlich streng sind: Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer jeden subsidiären Maßnahme ist zu prüfen, ob das Ermittlungsziel nicht „auf andere Weise"

---

gleiche oder verschiedene Ziele verfolgen. Die Problematik der Kumulation fragt danach, ob bei der gebündelten Anwendung insbesondere eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen nicht ein neuer Eingriff entstehe, der größer als die Summe der einzelnen Eingriffe sei und der deswegen einer gesonderten Eingriffsermächtigung bedürfe. Die Problematik führt über einen strafrechtlichen „Aufhänger" ins Verfassungsrecht: Liegt ein neuer Eingriff vor und ist er ggf. durch eine Eingriffsermächtigung gedeckt? *Puschke* sieht in der Kumulation verschiedenartiger qualifizierter Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich einen solchen Eingriff von neuer Qualität, für den es keine Rechtsgrundlage gibt (*Puschke*, S. 129). Der BGH (BGHSt 46, 266 (276)), das BVerfG (BVerfG NJW 2005, 1338 (1341)), *Steinmetz* (NStZ 2001, 344 (344f.)) und andere halten die Kumulation dagegen für rechtmäßig und lösen das Problem auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit.

[663] Siehe 2. Kapitel B I m.w.N.

[664] *Rieß*, GS Meyer, S. 386f.

[665] *Rieß*, GS Meyer, S. 386f.

erreicht werden könnte. Dabei ist für die Zulässigkeit jeder alternativen subsidiären Maßnahme wiederum zu fragen, ob das Ermittlungsziel nicht „auf andere Weise" erreicht werden könnte, was wiederum die Zulässigkeit der anderen subsidiären Maßnahmen voraussetzt. Die Elemente in den Subsidiaritätsklauseln, die den Ringverweis herbeiführen, sind also nicht davon abhängig, ob die Klauseln gleich oder unterschiedlich streng sind. Da man mit der Wortlautauslegung nur in einen Ringverweis gerät, ist die Lösung außerhalb des Verweisungszusammenhangs zu suchen.[666] Diese Lösung für gleich und unterschiedlich strenge Klauseln zu erarbeiten, ist Aufgabe der nächsten Abschnitte.

II. Kollision von Subsidiaritätsklauseln gleicher Ordnung

Bei der Kollision von Subsidiaritätsklauseln gleicher Ordnung stellt sich die Frage, welche grundsätzliche Rangfolge unter den Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, besteht. Ist die grundsätzliche Rangfolge ermittelt, kann sich für den Rechtsanwender im Einzelfall noch eine Anschlussfrage stellen, wenn er eine subsidiäre Maßnahme anwenden möchte, die in der Rangfolge nicht an erster Stelle steht: Sind die Bedingungen der Vorrangigkeit der anvisierten subsidiären Maßnahme erfüllt, so dass sie vorrangig angewandt werden darf?[667] Während sich die zweite Frage nach dem im 6. Kapitel beschriebenem Bedeutungsgehalt der Klauseln und der dabei zu stellenden Prognose richtet, interessiert in diesem Abschnitt allein die denknotwendig vorher zu beantwortende Frage nach der grundsätzlichen Rangfolge von subsidiären Maßnahmen gleicher Ordnung.

1. Meinungsstand

Ausgangspunkt der Überlegung muss der Wortlaut der verschiedenen Klauseln sein, der unter ihnen eine Rangfolge herstellt.[668] Haben Subsidiaritätsklauseln den gleichen Wortlaut, genauer gesagt gleichstrenge Bedingungen der Vorrangigkeit, hat der Gesetzgeber sie als für den Adressaten grundsätzlich gleichbelastend angesehen und daher keine generell abstrakte Rangfolge unter ihnen herstellen wollen.[669] Der Rechtsanwender ist daher in der Wahl der Maßnahme grundsätzlich frei.[670]

Es stellt sich allerdings die Frage, was gilt, wenn die generell abstrakte Einschätzung des Gesetzgebers im konkreten Anwendungsfall nicht zutrifft, das

---

[666] *Zaczyk* StV 1993, 490 (493).

[667] Die zwei Fragen sind streng auseinanderzuhalten. Sie betreffen zum einen die grundsätzlich Rangfolge der Maßnahmen und zum anderen die Möglichkeit, die Rangfolge zu überwinden. Bei *Rieß* (GS Meyer, S. 387) gehen diese beiden Fragestellungen scheinbar ineinander über.

[668] Das 6. Kapitel C hat bereits eine abstrakte Rangfolge für Maßnahmen mit verschieden strengen Klauseln aufgestellt.

[669] Siehe zur Doppelfunktion der Subsidiaritätsklauseln 2. Kapitel B II 3 a).

[670] So zuerst *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner[43] (1997), § 100a Rn. 7a, ihm folgend *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 31 und *Cierniak*, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § 100a Rn. 14.

heißt, wenn eine der Maßnahmen trotz gleicher Klausel ersichtlich belastender für den Adressaten ist als die andere.

Die herrschende Meinung löst diesen Konflikt, indem sie unter Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die im konkreten Fall mildere Maßnahme für vorrangig anwendbar erklärt.[671] Der Ansicht, dass in diesen Fällen die mildere Maßnahme grundsätzlich vorrangig sein soll, kann vernünftigerweise nichts entgegengesetzt werden. Ihr ist daher zumindest im Ergebnis zu folgen.

Neben der dargestellten ganz herrschenden Meinung im Schrifttum stellt offensichtlich auch der Gesetzgeber auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab, wenn auch nicht zwingend ausschließlich bei der Kollision gleichstrenger Subsidiaritätsklauseln. Im Gesetzesentwurf des Bundesrates zum OrgKG 1992 hieß es nach Erläuterungen zu der Subsidiaritätsklausel in § 98a StPO weiter:[672]

> *Daneben gilt das allgemeine Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Rasterfahndung zulässig sein kann, wenn die Aufklärung zwar mit Hilfe einer anderen erfolgversprechenden Maßnahme erreicht werden könnte, dies jedoch tiefer in den persönlichen Bereich Betroffener eingreifen würde; in diesem Fall stellt der Aufklärungsweg nach § 98a die den einzelnen oder die Allgemeinheit weniger beeinträchtigende Maßnahme dar.*

Es ist nachfolgend zu untersuchen, ob und wie es methodisch begründet werden kann, dass bei einer Kollision gleichstrenger Subsidiaritätsklauseln die im konkreten Fall mildere Maßnahme angewandt werden muss und ob der Rückgriff der herrschenden Meinung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit methodisch richtig ist.

2. Gesetzesauslegung im engeren Sinne

Methodisch ist zuerst der Gesetzestext selbst auszulegen. Hierbei bildet der aus dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende Wortsinn den Ausgangspunkt und bestimmt zugleich die Grenzen der Auslegung: Was jenseits des möglichen Wortsinns liegt, mit ihm auch bei „weitester" Auslegung nicht vereinbar ist, kann nicht als Inhalt des Gesetzes gelten.[673] Der „mögliche Wortsinn" ist alles, was nach dem allgemeinen oder dem jeweils als maßgeblich zu erachtenden Sprachgebrauch des Gesetzgebers – wenn auch vielleicht unter besonderen Umständen – noch als mit diesem Ausdruck gemeint verstanden werden kann.[674] Daran gemessen ergibt sich aus den einzelnen Subsidiaritätsklauseln, dass es ihrem Wortlaut widerspricht, bei der Kollision mit einer gleichstrengen Klausel die im konkreten

---

[671] Siehe *Rieß*, GS Meyer, S. 387, *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 110a Rn. 31, *Zaczyk* StV 1993, 490 (493), wohl auch *Nack*, in KK[6] (2008), § 110a Rn. 22, *Rudolphi*, in: SK (10. Lfg. April 1994), § 110a Rn. 9 und *Warntjen*, S. 136.

[672] BT-Drucks. 12/989, S. 37.

[673] *Larenz*, Methodenlehre, 5. Kapitel 2 f), S. 231.

[674] *Larenz*, Methodenlehre, 5. Kapitel 2 a), S. 210.

Fall mildere Ermittlungsmaßnahme vorrangig anzuwenden: Die Subsidiaritätsklauseln zählen zu den Bedingungen der Vorrangigkeit[675] einer grundsätzlich subsidiären Maßnahme *ausschließlich* den vermeintlich kleineren Aufklärungserfolg („weniger erfolgversprechend", „erheblich weniger erfolgversprechend", „aussichtslos") oder den höheren Ermittlungsaufwand („erschwert", „wesentlich erschwert", „unverhältnismäßig erschwert") der alternativen, an sich vorrangigen Maßnahmen. Das wird am Wortlaut einer Klausel wie § 163f I 2 StPO besonders deutlich, in der es heißt: „Die Maßnahme darf *nur* angewendet werden, wenn …" Eine höhere oder niedrigere Belastung des Adressaten ist auch bei weiter Auslegung der genanten Bedingungen der Vorrangigkeit dabei kein Kriterium, lässt sich unter sie also nicht subsumieren. Der Gesetzgeber hat vielmehr durch die Wahl der verschieden strengen Klauseln bezüglich der von den Maßnahmen ausgehenden Belastungen und damit einhergehend bezüglich ihrer Anwendungsrangfolge eine Wertung getroffen, die der Wortlaut der einzelnen Klauseln nicht mehr zur Disposition stellt. Wegen des eindeutigen Wortlauts ist die Gesetzesauslegung im engeren Sinne an dieser Stelle zu Ende: Gleich strenge Subsidiaritätsklauseln können nach ihrem Wortlaut nicht dahingehend ausgelegt werden, dass bei ihrer Kollision die im Einzelfall mildere Ermittlungsmaßnahme anzuordnen ist.[676]

3. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

a) Feststellung einer planwidrigen Lücke

Der Rechtsanwender darf sich allerdings über den Wortlaut eines Gesetzes hinwegsetzen, wenn eine einzelne Norm oder das ganze Gesetz „planwidrige Lücken" enthält. Füllt der Rechtsanwender diese Lücken aus, bleibt aber noch innerhalb des ursprünglichen Plans, der Teleologie des Gesetzes, liegt eine zulässige gesetzesimmanente Rechtsfortbildung vor.[677] Für die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ist also zunächst entscheidend festzustellen, ob die Subsidiaritätsklauseln eine „planwidrige Lücke" enthalten. Bei einer „planwidrigen Lücke" handelt es sich um die Unvollständigkeiten des Gesetzes oder einer Norm, die nach dem gesetzgeberischen Plan, der Teleologie des Gesetzes, gar nicht vorkommen sollte, wo also eine dem gesetzgeberischen Plan entsprechende Regelung zu erwarten gewesen wäre.[678] [679] Dies ist der Fall: Bei der Schaffung der Subsidiaritätsklauseln

---

[675] Zum Begriff siehe 2. Kapitel B II.

[676] Man darf an dieser Stelle nicht wie folgt argumentieren: Der Gesetzgeber habe Subsidiaritätsklauseln mit verschieden strengem Wortlaut geschaffen, gerade damit mildere Maßnahmen vorrangig angewandt werden. Diese Aussage ist in der Sache zwar richtig. Vorliegend geht es jedoch um eine etwas andere Fragestellung: Lässt sich der Wortlaut der Klauseln dahingehend auslegen, dass die vom Gesetzgeber festgelegte Rangfolge der Maßnahmen *überwunden, abgeändert* werden darf, falls sie unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsschwere im Einzelfall unrichtig ist? Eine dahingehende Auslegung lässt der Wortlaut eben nicht zu.

[677] Siehe *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 1, S. 254.

[678] *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 261 – 263.

wollte der Gesetzgeber die von den Ermittlungsmaßnahmen ausgehenden Eingriffe minimieren und Maßnahmen, die er für besonders belastend hielt, deswegen nur für nachrangig anwendbar erklären. Er hat deswegen bestimmte Ermittlungsmaßnahmen verschiedenstrengen Subsidiaritätsklauseln unterworfen, woraus eine Rangfolge der Anwendung dieser Maßnahmen resultiert. Nach dieser ratio legis wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber auch für gleich strenge Klauseln eine Regelung dahingehend geschaffen hätte, dass die im konkreten Fall mildere Maßnahme vorrangig anzuwenden sei. Durch eine solche Regelung wäre der Eingriff in die Rechte des Adressaten in gleicher Weise wie durch verschieden strenge Klauseln minimiert.

Demnach liegt anscheinend eine „planwidrige Lücke" vor, die im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ausgefüllt werden darf. Allerdings ist dieses Zwischenergebnis noch einer letzten Prüfung auf seine Richtigkeit hin zu unterziehen. Anlass für die Prüfung ist die oben zitierte Begründung des Gesetzesentwurfs zur Rasterfahndung (§ 98a StPO). Aus ihr geht hervorgeht: Der Gesetzgeber hat im Gesetzgebungsverfahren des OrgKG 1992 gesehen, dass die mit der Rasterfahndung konkurrierenden anderen Ermittlungsmaßnahmen entgegen der Wertung der Subsidiaritätsklausel im Einzelfall auch schwerer in die Grundrechte des Adressaten eingreifen können als die gerade deswegen gegenüber ihnen für subsidiär erklärte Rasterfahndung. Er hat den Wortlaut der Subsidiaritätsklausel dennoch nicht einschränkend modifiziert. Es stellt sich deswegen die noch zu untersuchende Frage: Liegt eine ausfüllungsfähige „planwidrige Lücke" vor, wenn der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren ein Anwendungsproblem der geplanten Norm zwar erkannt, den Wortlaut der Norm aber bewusst nicht angepasst hat?[680]

Eine „planwidrige Lücke" besteht dann nicht, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Tatbestand bewusst nicht erlauben wollte und zu diesem Zweck darauf verzichtet hat, eine entsprechende Bestimmung zu treffen. In diesen Fällen liegt „qualifiziertes Schweigen"[681] oder „beredetes Schweigen"[682] des Gesetzes vor; die

[679] *Canaris* fordert, nicht das einzelne Gesetz, sondern die Rechtsordnung als Ganzes solle den Maßstab zur Feststellung einer Lücke bilden (Feststellung von Lücken, S. 39). *Larenz* hält dem zu Recht entgegen, nur einzelnen Gesetzen sei eine bestimmte Regelungsabsicht zu entnehmen, nur bei ihnen könne daher von einer „planwidrigen Unvollständigkeit" gesprochen werden. Der sich ständig entwickelnden Gesamtrechtsordnung fehle dagegen ein einheitlicher Gesamtplan, so dass man bei ihr auch nicht von einer „planwidrigen Unvollständigkeit" und somit Lücke sprechen könne (siehe dazu näher *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 264f.). *Kudlich/Christensen* meinen, der Bezug auf das Ganze sei eine Scheinobjektivität und schlage in subjektive Willkür um (JZ 2009, 943 (945)).

[680] Auch wenn der Gesetzgeber dieses Problem in der Gesetzesbegründung an § 98a StPO festgemacht hat, gilt es allgemein für alle Subsidiaritätsklauseln, da sie sich alle einer typisierenden Betrachtung bedienen. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass bis zur Verabschiedung des OrgKG 1992 die StPO nur eine einzige Subsidiaritätsklausel enthalten hatte, die Klauseln erst ab dann im großen Stil Einzug in die StPO gehalten haben. Die Problematik muss dem Gesetzgeber also bei nahezu allen Subsidiaritätsklauseln bekannt gewesen sein.

[681] *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 40ff.

vermeintliche „Lücke“ entspricht dem gesetzgeberischen Plan und ist daher nicht planwidrig. Sie darf folglich auch nicht im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ausgefüllt werden.[683] Anders liegt es, wenn der Gesetzgeber zwar auf eine Regelung verzichtet hat, dem Rechtsanwender – insbesondere der Wissenschaft und der Rechtsprechung – dadurch jedoch nicht versagen wollte, selbst eine passende Regelung zu finden. In diesen Fällen handelt es sich um eine „bewusste Lücke“, die eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung erlaubt.[684] „Beredetes Schweigen“ einer Norm oder eines Gesetzes unterscheidet sich von einer „bewussten Lücke“ also allein durch die Willensrichtung des Gesetzgebers: Mit „beredetem Schweigen“ will der Gesetzgeber die Tür zur gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zuschlagen, mit einer „bewussten Lücke“ sie dagegen offenlassen.

Die Subsidiaritätsklauseln enthalten demnach eine „bewusste Lücke“: In der zitierten Begründung zu § 98a StPO hat der Gesetzgeber vorgeschlagen, das aufgeworfene Problem über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu lösen. Er wollte also gerade nicht, dass der Wortlaut der Subsidiaritätsklausel eine abschließende Regelung darstellt, falls die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme den Adressaten ausnahmsweise weniger belastet als die an sich vorrangigen Maßnahmen. Hierbei ist unerheblich, dass der Gesetzgeber mit der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit methodisch gesehen möglicherweise das falsche Mittel vorgeschlagen hat. Dies ist eine Frage der Lücken*ausfüllung*. Für die Feststellung einer „bewussten Lücke“ ist alleinentscheidend, ob der Gesetzgeber den Weg für eine Rechtsfortbildung – egal wie sie aussehen sollte – versperren wollte. Das hat der Gesetzgeber im Falle der Subsidiaritätsklauseln nicht gewollt. Das obige Zwischenergebnis ist daher richtig: Die Subsidiaritätsklauseln enthalten eine „planwidrige Lücke“, die eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung erlaubt.

Die vorliegende „planwidrige Lücke“ lässt sich methodologisch noch weiter spezifizieren. Die weitere Spezifizierung der Lücke ist für ihre Ausfüllung relevant. Die Lücke ist eine sogenannte „verdeckte“ Lücke: „Offene Lücken“ liegen dann vor, wenn das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die es nach seiner Teleologie aber enthalten sollte. Die Unvollständigkeit liegt hier unmittelbar zu Tage, die Lücke ist „offen“. Dagegen sind Lücken „verdeckt“, wenn das Gesetz zwar eine nach seiner Teleologie für die Fallgruppe zu erwartende Regel enthält, eine durch Sinn und Zweck der Regel geforderte Einschränkung für die Fallgruppe im Gesetz jedoch nicht ausgesprochen ist. Das Gesetz enthält nur

---

[682] *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 258.

[683] *Larenz* nennt als Beispiel für das „beredete Schweigen“ des Gesetzes das Wohnungseigentum, das die Väter des BGB bewusst nicht zugelassen haben, um die Rechtsverhältnisse an Grundstücken übersichtlich zu gestalten. Erweist sich die bewusste Nichtregelung nachträglich als falsch, liegt ein rechtspolitische Fehler, jedoch keine Lücke vor (*Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 258 und 261f.).

[684] Siehe dazu Larenz, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 267 und Canaris, Feststellung von Lücken, S. 134f.

scheinbar eine (vollständige) Regelung, die Lücke ist „verdeckt".[685] Subsidiaritätsklauseln stellen eine Regelung dar, die die Anwendung eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen minimieren soll. Insofern besteht eine Regelung, es liegt keine „offene" Lücke vor. Subsidiaritätsklauseln enthalten jedoch keine einschränkenden Bestimmungen darüber, wie zu verfahren ist, falls die grundsätzlich stärker belastende und für subsidiär erklärte Maßnahme ausnahmsweise weniger belastend ist. Nach dem Sinn und Zweck der Subsidiaritätsklauseln wäre eine solche Bestimmung aber zu erwarten gewesen. Die Lücke ist daher „verdeckt".

b) Ausfüllung der planwidrigen Lücke

Das typische Mittel zur Ausfüllung einer „verdeckten planwidrigen Lücke" ist die „teleologische Reduktion". Bei der „verdeckten Lücke" fehlt – wie dargestellt – einer zu weit gefassten Regel die erwartete Einschränkung. Bei der Ausfüllung der Lücke wird die Einschränkung gedanklich dem Gesetzestext hinzugefügt. Die Hinzufügung führt die zu weite Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck und dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurück: Die Regel wird „teleologisch reduziert".[686] Subsidiaritätsklauseln gleicher Ordnung müssten folglich so eingeschränkt werden, dass keine Subsidiarität angeordnet wird, wenn die subsidiäre Maßnahme im Einzelfall weniger belastend wäre. Die im 2. Kapitel beispielhaft zitierte Subsidiaritätsklausel in § 163f I 2 StPO könnte in diesem Fall lauten:

> *Die Maßnahme darf nur – sofern sie im Einzelfall nicht weniger belastend wäre – angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.*[687]

Subsidiaritätsklauseln gleicher Ordnung können also im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung teleologisch so reduziert werden, dass im Falle ihrer Kollision die weniger belastende subsidiäre Maßnahme in der grundsätzlichen Rangfolge der Anwendung vor der mehr belastenden steht. Eines korrigierenden Rückgriffs auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bedarf es methodologisch gesehen nicht. Ein solcher Rückgriff wäre ohnehin nur beschränkt möglich: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vergleicht nur in seinem Merkmal der Erforderlichkeit verschiedene Ermittlungsmaßnahen und dort nur die gleich wirksamen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann daher keine weniger wirksame, jedoch weniger belastende Maßnahme für vorrangig

---

[685] Siehe *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 a), S. 265 - 267 und *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 137.

[686] Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 6. Kapitel 2 c), S. 279.

[687] Die beispielhaft gewählte Formulierung umfasst im Vorgriff auf die weitere Untersuchung bewusst Subsidiaritätsklauseln gleicher *und* verschiedener Ordnungen.

anwendbar erklären. Das ermöglicht nur die teleologische Reduktion der Subsidiaritätsklauseln. [688]

III. Kollision von Subsidiaritätsklauseln verschiedener Ordnungen

Als nächstes ist zu untersuchen, was bei einer Kollision von verschieden strengen Subsidiaritätsklauseln gilt. Hierzu gehört thematisch auch die Frage, was gilt, wenn eine Maßnahme mit einer Klausel auf eine ohne Klausel trifft. Wie dargestellt, entsteht auch bei der Kollision von Klauseln verschiedener Ordnungen ein Ringverweis, so dass die Frage, welche grundsätzliche Rangfolge zwischen den subsidiären Maßnahmen besteht, ebenfalls außerhalb des Verweisungszusammenhangs zu suchen ist.

Für den vom Gesetzgeber gedachten Normalfall ist die Antwort einfacher als bei gleichstrengen Klauseln: Der Wortlaut der verschiedenen, in Beziehung zueinander gesetzten Subsidiaritätsklauseln stellt ein bestimmtes Rangverhältnis unter ihnen auf, aus dem sich eine grundsätzliche Rangfolge ihrer Anwendung ergibt.[689] Die einer Subsidiaritätsklausel unterworfenen Ermittlungsmaßnahmen sind gegenüber denen ohne eine solche Klausel nur nachrangig anwendbar, so wie auch diejenigen mit einer strengeren Klausel gegenüber denen mit einer milderen. Allerdings kann bei verschiedenstrengen Subsidiaritätsklauseln ein Problem entstehen: Im Einzelfall kann eine Ermittlungsmaßnahme ohne Subsidiaritätsklausel einen schwereren Eingriff darstellen als eine Maßnahme mit einer Klausel, beziehungsweise eine Maßnahme mit einer milderen Klausel einen schwereren Eingriff als eine Maßnahme mit einer strengeren Klausel.

Dazu ein Beispiel aus der Praxis: Je privater der Lebensbereich, in den eine Ermittlungsmaßnahme eingreift, desto intensiver der Eingriff.[690] Die Überwachung der Telekommunikation gilt daher für gewöhnlich als eingriffsintensiv, da sie auch Gespräche zwischen der Zielperson und ihren Angehörigen oder Freunden erfasst, ohne dass sich die Zielperson dessen bewusst ist und private Gesprächsinhalte vermeiden kann.[691] Aus Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz ist jedoch bekannt, dass viele Drogenhändler auch reine „Btm-Handys“ unterhalten, die sie allein dazu nutzen, mit ihren Kunden oder Lieferanten Drogengeschäfte anzubahnen oder abzuwickeln.[692] Dabei

[688] Siehe 5. Kapitel B II 3 und C.

[689] Siehe zu der Rangfolge 6. Kapitel C, vgl. im Übrigen 2. Kapitel B I.

[690] Mit der verletzten Privatsphäre und der Erkennbarkeit der Maßnahme als Faktoren für die Eingriffsschwere einer Maßnahme wird sich das 8. Kapitel B I 3 b) und d) näher befassen.

[691] Vgl. *Puschke*, S. 84.

[692] Der Vorteil eins solchen „Geschäfts-Handys“ ist, dass der Drogenhändler das Gerät oder seine SIM-Karte schnell wechseln kann, um sich vor einer Telefonüberwachung zu schützen. Auf Grund eines zweiten, „privaten“ Handys bleibt er für Freunde, Familienangehörige, Arbeitgeber etc. erreichbar, ohne ihnen – ggf. häufiger – eine neue Telefonnummer mitteilen zu müssen. Ähnlich gehen aus gleichem Grund Pädophile vor, die im Internet kinderpornografische Bild- und Videodateien tauschen: Sie richten Accounts ein, über die sie nur kinderpornografisches Material tauschen.

reden alle Beteiligten konspirativ, das heißt, sie verwenden keine klaren Bezeichnungen für Betäubungsmittel und ihre Mengen, weil in der Szene bekannt ist, dass in Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das BtMG häufig Telefonüberwachungen geschaltet werden. Die eingangs geschilderte Einschätzung der Eingriffsschwere müsste bei der Überwachung eines „Btm-Handys" deutlich relativiert werden. Die Telefonüberwachung könnte daher im Vergleich zu anderen Maßnahmen, die im Normalfall als milder eingestuft werden, in diesem konkreten Fall die kleinere Eingriffsschwere aufweisen. Was gilt in solchen Fällen?[693]

Nach einer Ansicht im Schrifttum ist es unerheblich, wenn die Durchführung einer Maßnahme ohne beziehungsweise mit einer milderen Subsidiaritätsklausel im konkreten Fall den schwerwiegenderen Eingriff darstellt. Der Gesetzesbefehl sei eindeutig.[694] Dieser Meinung ist nicht zuzustimmen. Was der Inhalt des Gesetzesbefehls ist, ergibt sich unter Umständen erst aus der Auslegung. Hier verläuft der Lösungsweg völlig parallel zu dem bei der Kollision von Klauseln gleicher Ordnung und wird daher nur noch verkürzt wiedergegeben: Der Wortlaut der verschieden strengen Subsidiaritätsklauseln ermöglicht es nicht, entgegen der gesetzlich festgelegten Rangfolge der Maßnahmen die im Einzelfall weniger belastende Maßnahme vorrangig anzuordnen. Der Wortlaut verstellt eine dahingehende Gesetzesauslegung im engeren Sinne, da die Bedingungen der Vorrangigkeit die geringere Schwere des Eingriffs als Kriterium nicht kennen. Nach der Teleologie der Subsidiaritätsklauseln wäre eine solche Regelung jedoch zu erwarten gewesen, so dass Subsidiaritätsklauseln eine „planwidrige Lücke" enthalten. Die „planwidrige Lücke" ist im Wege der „teleologischen Reduktion" zu schließen, indem die Subsidiarität strengeren Klauseln unterworfener Maßnahmen dahingehend eingeschränkt wird, dass keine Subsidiarität vorliegen soll, wenn die Maßnahme im Einzelfall milder wäre.[695] [696] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss auch hier nicht herangezogen werden.

Die vom Gesetzgeber normierte Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln steht letztendlich unter dem Vorbehalt der Abwägung im Einzelfall. (Hierbei geht es – zur Verdeutlichung – zunächst nur um die Frage, wie die Rangfolge der Maßnahmen als solche auszusehen hat. Ob diese grundsätzliche Rangfolge unter den „Bedingungen der Vorrangigkeit" überwunden werden darf, ist erst im zweiten

---

[693] Das Problem ist nicht rein akademischer Natur, sondern kann sehr schnell praxisrelevant werden. So unterliegt z.B. die in Ermittlungsverfahren häufig praktizierte Wohnungsdurchsuchung weder beim Beschuldigten noch bei Dritten einer Subsidiaritätsklausel, obwohl die Unverletzlichkeit der Wohnung ansonsten sehr hochgehalten wird und die Wohnungsdurchsuchung als sehr eingriffsintensiv angesehen wird. Bei der Untersuchung der Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln im 8. Kapitel wird darauf noch zurückzukommen sein.

[694] *Rudolphi*, in: SK (10. Lfg. April 1994), § 100a Rn. 13, *Welp*, Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 68.

[695] Eine in dieser Weise eingeschränkte Subsidiaritätsklausel könnte genauso wie die oben unter B II 3 b) dargestellte lauten.

[696] Mit gleichem Ergebnis *Welp*, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S. 412f.

Schritt zu untersuchen, um den es vorliegend nicht geht.) Dieses Ergebnis führt zu einer geringeren Voraussehbarkeit, Anwendungssicherheit und Anwendungsfreundlichkeit. Es überrascht jedoch nicht, wenn man berücksichtigt, dass der Gesetzgeber die von den einzelnen Ermittlungsmaßnahmen ausgehenden Belastungen nur typisierend beurteilen konnte, mit Hilfe der Subsidiaritätsklauseln diese Belastungen aber gerade verringern wollte. Der Gesetzgeber war sich der Schwäche der Rangfolge bewusst und hat sie schon in der bereits zitierten Gesetzesbegründung zu § 98a StPO über den – nach vorliegender Untersuchung rechtsfehlerhaften – Rückgriff auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für den Einzelfall zur Disposition gestellt:[697]

> *Daneben gilt das allgemeine Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dies bedeutet auch, dass die Rasterfahndung zulässig sein kann, wenn die Aufklärung zwar auch mit Hilfe einer anderen erfolgversprechenden Maßnahme erreicht werden könnte, diese jedoch tiefer in den persönlichen Bereich Betroffener eingreifen würde; in diesem Fall stellt der Aufklärungsweg nach § 98a die den einzelnen oder die Allgemeinheit weniger beeinträchtigende Maßnahme dar.*

Die Bedeutung der gesetzlich normierten Rangfolge der Subsidiaritätsklauseln liegt darin, dass sie unterschiedlich starke Eingriffe durch die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen indiziert, jedoch nicht endgültig festschreibt.

C. Vorrangige Anwendung mehrerer subsidiärer Maßnahmen

I. Allgemeines

Das vorliegende Kapitel hat bislang untersucht, welche grundsätzlich Rangfolge unter subsidiären Maßnahmen gilt, wenn zwei oder mehr Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, gleich oder unterschiedlich strengen Subsidiaritätsklauseln unterworfen sind. Nach Ermittlung der Rangfolge stellt sich oft die Frage ihrer Überwindung: Darf die grundsätzlich nachrangige Maßnahme vorrangig durchgeführt werden? Dazu müssen die im 6. Kapitel beschriebenen Bedingungen der Vorrangigkeit erfüllt sein. Sollten aus ermittlungstaktischer Sicht nicht nur eine subsidiäre Maßnahme, sondern am besten zwei oder sogar drei, die das gleiche Ziel verfolgen, vorrangig angewandt werden, stellt sich die Frage, ob die grundsätzliche Rangfolge der Maßnahmen von Anfang an gleich mehrfach überwunden werden darf.

In der Literatur gibt es dazu keine fundierten Stellungnahmen. *Rieß* und *Erb* sind ohne nähere Begründung der Ansicht, dass auch mehrere subsidiärere Maß-

[697] BT-Drucks. 12/989, S. 37. Ein umfangreicheres Zitat aus der Gesetzesbegründung findet sich im 3. Kapitel B VI 2.

nahme parallel durchgeführt werden dürfen, wenn dadurch ein besserer Ermittlungserfolg erreicht werden kann.[698]

Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen muss folgender sein: Mehrere Maßnahmen dürfen im Allgemeinen gleichzeitig angeordnet werden, wenn jede von ihnen zulässig ist.[699] Es ist daher zu untersuchen, ob bei der vorrangigen Anwendung einer subsidiären Maßnahme deren Klausel eine Art Sperrwirkung für die gleichzeitige Anordnung anderer subsidiärer Maßnahmen entfaltet und sie unzulässig macht (II.), oder ob diese Sperrwirkung aus anderen Gründen besteht (III.). Bestünde eine solche Sperrwirkung nicht, bliebe es bei dem Grundsatz und es dürften auch mehrere subsidiäre Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, vorrangig angewandt werden.

II. Sperrwirkung der angewandten Subsidiaritätsklausel?

Bei den Subsidiaritätsklauseln könnte allein die Beschreibung der alternativen Maßnahmen mit Ermittlungen „auf andere Weise“ die gleichzeitige vorrangige Anordnung subsidiärer Maßnahmen ausschließen, indem sie die subsidiäre Maßnahme und alle anderen Maßnahmen, somit auch andere subsidiäre Maßnahmen, in ein Entweder-oder-Verhältnis stellt. Doch das ist nicht der Fall. Wie bereits dargelegt, bedeuten Ermittlungen „auf andere Weise“ Ermittlungen „ohne Anordnung der subsidiären Maßnahme“.[700] Dadurch wird die gleichzeitige Anordnung anderer subsidiärer Maßnahmen gerade nicht eingeschränkt. Es ist auch grundsätzlich denkbar, dass die Ermittlungen ohne die gleichzeitige vorrangige Anordnung von zwei oder drei subsidiären Maßnahmen in einem bestimmten Maße weniger erfolgversprechend oder schwieriger wären. Ermittlungen „auf andere Weise“ wären hier also Ermittlungen ohne die gleichzeitige Anordnung von zwei oder drei subsidiären Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen. Voraussetzung ist natürlich immer, dass die Bedingungen der Vorrangigkeit der einzelnen Maßnahmen erfüllt sind. Das wird vor allem dann nicht der Fall sein, wenn bereits die Durchführung einer subsidiären Maßnahme die Aufklärungswahrscheinlichkeit so stark erhöht oder die Ermittlungen so stark erleichtert, dass die aufklärungsorientierte oder die erschwernisorientierte Bedingung der Vorrangigkeit[701] in der Subsidiaritätsklausel der zweiten Maßnahme gar nicht erfüllt sein wird.

Für die grundsätzliche Möglichkeit der kumulativen Anordnung subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen spricht auch die historische Auslegung: Zwischen 1968 und 1992 enthielt nur die Eingriffsermächtigung für die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) eine Subsidiaritätsklausel. Der Gesetzgeber hat alle

[698] *Rieß*, in: LR[25], Bd. 3 (2004), § 160 Rn. 40a, *Erb*, in: LR[26], Bd. 5 (2007), § 160 Rn. 40a.
[699] Grenzen kann nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinem Merkmal „Angemessenheit“ setzen.
[700] Siehe im Einzelnen oben 6. Kapitel B IV 1 b).
[701] Siehe zu den Begriffen 2. Kapitel B II 3 b).

nachfolgenden Subsidiaritätsklauseln ihr nachgebildet. Bei der Einfügung der „Urklausel" in die Strafprozessordnung musste der Gesetzgeber ein etwaiges Verbot, andere subsidiäre Maßnahmen zeitgleich vorrangig anzuwenden, im Wortlaut der Klausel also gar nicht regeln. Es besteht daher die Vermutung, dass er es auch gar nicht getan hat – zumal eine solche Regelung nicht ersichtlich ist.

Dagegen spricht ein anderer Umstand in den mittlerweile kodifizierten subsidiären Maßnahmen dafür, dass subsidiäre Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, auch von Anfang an gemeinsam angeordnet werden dürfen: Betrachtet man die subsidiären Ermittlungsmaßnahmen der Strafprozessordnung, wird ersichtlich, dass einige von ihnen zwingend zusammengehören und daher nur gemeinsam sinnvoll angeordnet werden können. Am deutlichsten ist dieser Umstand bei der längerfristigen Observation ohne technische Mittel gemäß § 163f StPO und dem Einsatz technischer Mittel zur Observationszwecken gemäß § 100h I Nr. 2, II Nr. 2 StPO. Beide Maßnahmen bauen von der Sache her aufeinander auf und werden in der Praxis oft zusammen angewandt. Vor allem der in einem Pkw eingebaute GPS-Sender ist ein technisches Mittel, das bei der längerfristigen Observation eingesetzt wird. Bei dem genannten Beispiel kommt noch eine Besonderheit hinzu: Die längerfristige Observation des Beschuldigten nach § 163f I 2 StPO unterliegt einer strengeren Klausel als der Einsatz technischer Mittel zur Observation des Beschuldigten nach § 100h I Nr. 2 StPO. Dürften beide subsidiären Maßnahmen nicht zeitgleich angeordnet werden, müssten nach der sich ergebenden grundsätzlichen Rangfolge die technischen Mittel zur Observation des Beschuldigten angewandt werden, ohne den Beschuldigten (längerfristig) zu observieren. Das ergäbe ersichtlich keinen Sinn und wäre handlungstechnisch auch gar nicht möglich.

Der Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln selbst verbietet es also nicht, dass mehrere, auch subsidiäre Maßnahmen gleichzeitig angeordnet werden dürfen.

III. Sperrwirkung aus Sinn und Zweck der Rangfolge?

Es stellt sich noch die Frage, ob es gegen den Sinn und Zweck der von den Subsidiaritätsklauseln aufgestellten Rangfolge verstößt, wenn sie von Anfang an von mehreren subsidiären Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, überwunden werden könnte. Man könnte fragen: Was bleibt dann von der Rangfolge und der beabsichtigten Eingriffsminimierung übrig? Doch die Rangfolge wird auch in einem solchen Fall nicht – zumindest von der Theorie her nicht – funktionslos:[702] Sind die Bedingungen der Vorrangigkeit der subsidiären Maßnahmen nicht erfüllt, bleibt es bei der grundsätzlichen Rangfolge und der gewollten Eingriffsminimierung. Eingriffe würden zum Teil auch dann minimiert werden, wenn nicht die

[702] Siehe dazu jedoch kritisch 9. Kapitel B „Schlussbetrachtungen".

Bedingungen der Vorrangigkeit aller subsidiären Maßnahmen, die vorrangig angewandt werden sollen, erfüllt wären, so dass es zumindest teilweise bei der ursprünglichen Rangfolge verbliebe.

8. Kapitel: Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln

A. Überblick

Das Kapitel fragt, ob das System von Subsidiaritätsklauseln konsistent, das heißt lückenlos und in sich widerspruchsfrei ist. Sein Hauptanliegen ist es herauszuarbeiten, ob in strafprozessualen Eingriffsermächtigungen Subsidiaritätsklauseln fehlen oder sie die falschen oder überflüssige Subsidiaritätsklauseln enthalten. Da die Inkonsistenz des Systems sich auch aus fehlenden Subsidiaritätsklauseln, also aus der Unvollständigkeit des Systems, ergeben kann, sind auch Ermittlungsmaßnahmen zu bewerten, die bis dato keiner Subsidiaritätsklausel unterliegen. Die Untersuchung bewegt sich in der vorgegeben Logik des Systems und sagt nichts darüber aus, ob das System als solches sinnvoll ist.[703]

---

[703] Siehe dazu jedoch die „Schlussfolgerungen" im 9. Kapitel.

B. Konsistenz

Um die geschilderten Ergebnisse zu gewinnen, gleicht die Untersuchung die Eingriffsschweren der jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen mit den in der Strafprozessordnung vorhandenen Subsidiaritätsklauseln ab. Sie geht in zwei großen Schritten vor:

Im ersten Schritt untersucht die unter I. noch detailliert vorzustellende Bewertungsmethode, wie schwer bestimmte Maßnahmen in die Rechte der Betroffenen typischerweise eingreifen können, welches Eingriffspotenzial sie haben. Die Untersuchung wendet anschließend diese Methode unter II. in Tabellenform an und quantifiziert die Eingriffsschweren der einzelnen Ermittlungsmaßnahmen.

Im zweiten Schritt gleicht die Untersuchung nach einer unter III. zu erklärenden Methode die quantifizierten Eingriffsschweren der einzelnen Maßnahmen unter IV. mit den in der Strafprozessordnung vorhandenen Subsidiaritätsklauseln ab, um die Konsistenz beziehungsweise Inkonsistenz des Systems aufzuzeigen. Dies geschieht zur besseren Übersicht in Form zweier Tabellen. Die Untersuchung erläutert zum Schluss unter V. das sich aus den Tabellen bietende Bild sowie interessierende Einzelheiten.

I. Bewertungsmethode für Eingriffsschwere

1. Eingriffsschwere als Kriterium für die Konsistenz

Zunächst stellt sich die Frage, nach welchem Kriterium oder welchen Kriterien beurteilt werden soll, ob das System von Subsidiaritätsklauseln konsistent ist. Für die Bewertung der Konsistenz des Systems ist die Eingriffsschwere das richtige Kriterium, da der Gesetzgeber die Betroffenen mittels der Subsidiaritätsklauseln vor eingriffsschweren Maßnahmen schützen wollte.[704] Eingriffsermächtigungen eingriffsschwerer Maßnahmen enthalten nach diesem Modell (strengere) Subsidiaritätsklauseln, die Maßnahmen sind nur nachrangig anwendbar. In einem konsistenten System von Subsidiaritätsklauseln müsste die festgestellte Eingriffsschwere einer Maßnahme sich also in einer entsprechend strengen Subsidiaritätsklausel niederschlagen, leichte Eingriffe dürften keiner Klausel unterliegen.

Das gilt für technische wie untechnische, geheime wie offene Maßnahmen: Zwar hat der Gesetzgeber am Anfang, wie aus dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses von 1968 und dem OrgKG 1992[705] ersichtlich ist, vor allem an den Schutz vor neuen, technischen und geheimen Maßnahmen gedacht, denen er eine besondere Eingriffsschwere zuschrieb. Dabei ist es jedoch nicht geblieben. Auch die Eingriffsermächtigungen längst bekannter und praktizierter Ermittlungsmethoden, die nicht technisch und teilweise auch gar nicht geheim sind, haben im Zuge der verschiedenen Gesetzesnovellen Subsidiari-

[704] Siehe oben 2. Kapitel B I m.w.N.
[705] Siehe 3. Kapitel III und VI.

tätsklauseln erhalten. So sind der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers (§ 110a StPO), die längerfristige Observation ohne technische Mittel (§ 163f StPO) und die Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern (§§ 94, 97 V StPO) einer Subsidiaritätsklausel unterworfen. Den Schutz der Adressaten und Dritter vor (eingriffsschweren) Maßnahmen bezweckt zwar letztlich jede Zulässigkeitsvoraussetzung, nicht nur die Subsidiaritätsklauseln. Aber nur das System von Subsidiaritätsklauseln hat den Anspruch, eine unmittelbare Rangfolge unter den Maßnahmen aufzustellen, um ihre Anwendung zu staffeln. Die Eingriffsschwere ist deswegen das Kriterium, um die Konsistenz des Systems zu beurteilen.

2. Die Methode und ihre Schwächen

Zunächst geht es darum, die Eingriffsschweren festzustellen, die von einzelnen Ermittlungsmaßnahmen typischerweise ausgehen, um anschließend abgleichen zu können, ob das System von Subsidiaritätsklauseln die Eingriffsschweren widerspiegelt. Wie schwer ein Eingriff in ein Grundrecht ist, richtet sich danach, wie lange beziehungsweise wie häufig in ein Grundrecht eingegriffen wird und wie intensiv dieser Eingriff ist.[706] Die Eingriffsschwere hat folglich eine qualitative und eine quantitative Komponente. Viele einzelne Faktoren können die Eingriffsschwere beeinflussen und sollen deshalb nachfolgend erläutert werden. Gerade bei der Eingriffsintensität gibt es mehrere Kriterien, die ihr Maß bestimmen. Nicht alle dieser Faktoren sind trennscharf voneinander abzugrenzen.

Nachfolgend stellt dieses Kapitel sechs Kriterien für die Eingriffsschwere genauer vor: Wertigkeit des jeweiligen Grundrechts, Erkennbarkeit der Maßnahme, Abschöpfungspotenzial der Maßnahme, Privatheitspotenzial der Maßnahme, Betroffenheit Dritter und die Eingriffsdauer. Zur Quantifizierung der Eingriffsschwere erhält jedes der genannten Kriterien ein, zwei oder drei Punkte, je nachdem, wie stark es ausgeprägt ist. Eine Maßnahme kann also mindestens sechs und höchstens 18 Punkte erhalten, wobei eine höhere Punktzahl eine größere Eingriffsschwere darstellt.

Zur Interpretation der Ergebnisse müssen verschiedene Schwächen der Methode zur Bewertung der Eingriffsschwere miteinbezogen werden: Es ließe sich zunächst diskutieren, ob noch andere als die obigen sechs Kriterien angewandt werden sollten. Die Auswahl der beschriebenen Kriterien beruht allerdings auf den in Literatur und Rechtsprechung zum Thema regelmäßig genannten, die als die Hauptkriterien anzusehen sind. Andere spielen nur eine marginale Rolle und sind vielfach nur Nuancen der genannten Kriterien, die kein eigenständiges Gewicht haben.[707] Weiterhin benutzt die Methode für alle Kriterien gleichviele Ant-

---

[706] *Michael/Morlok* (2008) Rn. 625.

[707] So stellt das BVerfG beispielsweise fest, die Eingriffsintensität sei hoch, wenn Informationen gewonnen werden, deren Erlangung Vertraulichkeitserwartungen verletze, vor allem solche, die unter besonderem Grundrechtsschutz wie Art. 10 GG oder Art. 13 GG stünden (NJW 2006, 1939 (1942 Rn. 98)). Man könnte also die Verletzung der Vertraulichkeitserwartung als ein eigenständiges

wortmöglichkeiten: ein, zwei oder drei Punkte. Durch weitere Differenzierungen ließe sich für die Kriterien auch eine unterschiedliche Anzahl an möglichen Antworten aufstellen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Vergleichbarkeit erschien es allerdings zweckmäßiger, darauf zu verzichten. Ferner hat jedes der vorgestellten Kriterien die gleiche Wertigkeit. Auch das ist nicht zwingend: Hat die Erkennbarkeit der Maßnahme zum Beispiel den gleichen Einfluss auf die Eingriffsschwere wie das Privatheitspotenzial? Objektivierbare Gesichtspunkte, nach denen die Wertigkeit der verschiedenen Kriterien der Eingriffsschwere gewichtet werden könnte, werden sich jedoch kaum finden lassen. Aus diesem Grund war es noch am ehesten vertretbar, jedes Kriterium gleichviel zählen zu lassen. Hier und da muss die zu setzende Punktzahl mangels Datenmaterials auch geschätzt werden. Schließlich sind beim Setzen der Punkte zum Teil auch wertende Urteile zu fällen, die unvermeidbar zu abweichenden Meinungen führen können.

Die vorgestellte Methode kann also keine ganz exakten Ergebnisse liefern. Wahrscheinlich kann eine Methode in einer weitgehend nicht messenden, sondern wertenden und interpretierenden Wissenschaft wie der Jurisprudenz dies auch gar nicht leisten. Die hier angewandte Methode stellt jedoch den Versuch einer nachvollziehbaren Kategorisierung dar und bietet eine näherungsweise objektive Einschätzung der Eingriffsschwere.

3. Kriterien für Eingriffsschwere

Nun gilt es, die einzelnen Kriterien für die Eingriffsschwere näher zu erläutern.

a) Wertigkeit des jeweiligen Grundrechts

Für die Intensität des Eingriffs ist die Wertigkeit des Rechts, in das die Ermittlungsmaßnahme eingreifen kann, mitentscheidend.[708]

aa) Betroffene Grundrechte

Ermittlungsmaßnahmen können in eins oder mehrere der Grundrechte eingreifen: So wird bei Zwangsmaßnahmen häufig die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG betroffen sein.[709] Von zentraler Bedeutung sind Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, die das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ gewähren, den grundgesetzlichen

---

Kriterium für die Eingriffsschwere in der Untersuchung aufführen. Hierbei würde man allerdings Gleiches oder zumindest sehr Ähnliches doppelt zählen: Vertraulichkeitserwartungen kann es nur dort geben, wo es um Vertrauliches geht. Vertraulichkeitserwartungen werden also typischerweise dort bestehen, wo es den Betroffenen darum geht, Privates nicht nach außen gelangen zu lassen. Genau darum geht es beim „Privatheitspotenzial“, das die mögliche Verletzung von Vertraulichkeitserwartungen daher mitabbildet.

[708] Vgl. Sommermann, in: Mangoldt/Klein/Starck[5], Bd. 2 (2005), Art. 20 III Rn. 314, *Michael/Morlok* (2008) Rn. 624.

[709] Z.B. die freiheitsentziehende Identitätsfeststellung nach §§ 163b I 2, 163c StPO. Auf die Frage der Konkurrenzen zu speziellen Freiheitsrechten ist weiter unten einzugehen.

Schutz des Menschen vor allen staatlichen Eingriffen, die geeignet sind, seine engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen.[710] Eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das vom BVerfG entwickelte Recht auf „informationelle Selbstbestimmung".[711] Es schützt den Grundrechtsträger vor staatlicher Datenerhebung und Datenverarbeitung sowie vor Kenntnisnahme der Daten durch den Staat.[712] [713] Genau darauf ist das Ermittlungsverfahren aber angelegt, so dass Ermittlungsmaßnahmen in dieses Recht meistens eingreifen werden.

Je nach Maßnahme und Adressat können Ermittlungsmaßnahmen auch eingreifen in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG),[714] die Freiheit der Person (Art. 2 II 2 GG),[715] die Presse und Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG),[716] das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 I GG),[717] die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG),[718] die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG)[719] und das Eigentum (Art. 14 I 1 GG).[720]

---

[710] *Hilger*, FS Salger, S. 320 m.w.N.

[711] „Volkszählungsurteil" vom 15.12.1983 (BVerfGE 65, 1 (41ff.)).

[712] Siehe *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 377b. Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters gemäß § 81g StPO greift beispielsweise in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein (BVerfGE 103, 21 (32), BVerfG NJW 2008, 281 (281)). Genauso verhält es sich bei der Observation mit technischen Mitteln (BVerfGE 112, 304 (318)) oder bei der Beschlagnahme von Verbindungsdaten, die nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs auf dem Handy des Grundrechtsträgers gespeichert sind (BVerfG NJW 2006, 976 (978 Rn. 72)).

[713] Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung siehe *Frenz* DVBl. 2009, 333ff., *Hufen*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 116ff.

[714] Z.B. eine Blutentnahme nach § 81a StPO.

[715] Z.B. eine Unterbringung nach § 81 StPO.

[716] Ein Eingriff in dieses Grundrecht liegt vor allem in den seltenen, aber regelmäßig „spektakulären" Fällen der Durchsuchung von Redaktionsräumen vor.

[717] Z.B. die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO.

[718] Wird beispielsweise in einem Ermittlungsverfahren gegen einen Gewerbetreibenden dessen Computerfestplatte beschlagnahmt, auf der ein Programm aufgespielt ist, das er zur Bearbeitung weiterer Aufträge braucht, greift die Maßnahme in seine Berufsausübungsfreiheit ein. Gerade bei solchen Maßnahmen können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einem Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG und in das Eigentum nach Art. 14 I GG ergeben: Die Berufsfreiheit schützt das zu Erwerbende, die Betätigung. Die Eigentumsgarantie schützt dagegen das bereits Erworbene, das Ergebnis der Betätigung. Welches Grundrecht betroffen ist, entscheidet sich nach dem Schwerpunkt des Eingriffs. Beide Grundrechte können auch nebeneinander einschlägig sein und in Idealkonkurrenz zueinander stehen (siehe *Sodan*, in: Sodan (2009), Art. 12 Rn. 15 m.w.N.). In der Praxis ergeben sich bei solchen Maßnahmen wegen der langen Dauer der Festplattenauswertung oft Probleme mit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Die Praxis behilft sich hierbei zumeist durch kompensatorische Maßnahmen dergestalt, dass dem Betroffenen wichtige Dateien auf eine zweite Festplatte kopiert werden. (Zur kompensatorischen Maßnahmen in Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne siehe auch *Michael/Morlok* (2008) Rn. 625).

[719] Z.B. eine Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO.

[720] Z.B. eine Beschlagnahme nach § 94 StPO, da Art. 14 I 1 GG nicht nur das Eigentum als Rechtsposition schützt, die dem Betroffenen durch die Beschlagnahme gerade nicht entzogen wird, sondern auch das Recht, sein Eigentum gemäß § 903 1 BGB in beliebiger Weise zu nutzen (vgl. *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 901, *Wieland*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Art. 14 Rn. 39).

bb) Wertigkeit der Grundrechte

Grundrechte haben verschiedene Wertigkeiten, die anhand mehrerer normativer Faktoren festgestellt werden können:

Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG ist ein Auffangtatbestand und nicht so hochwertig wie die speziellen Freiheitsgrundrechte, gegenüber denen sie subsidiär ist.[721]

Höherwertiger sind die speziellen Freiheitsrechte, zu denen auch das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung" als Ausprägung des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts" aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG zählt.[722] Innerhalb der speziellen Grundrechte existiert ebenfalls eine Abstufung nach Wertigkeit: Unterliegt ein Grundrecht dem sogenannten einfachen Gesetzesvorbehalt, kann es durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes ohne weitere, besondere Anforderungen eingeschränkt werden.[723] Beim qualifizierten Gesetzesvorbehalt kann es dagegen nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das an bestimmte Situationen anknüpft, bestimmten Zwecken dient oder bestimmte Mittel benutzt.[724] Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt unterliegen dagegen gar keinem Eingriff durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes. Nur kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt sie.[725] Die verschiedenen Abstufungen zeigen, dass die Verfassung dem Gesetzgeber unterschiedlich große Freiheiten gibt, in Grundrechte einzugreifen. Beim einfachen Gesetzesvorbehalt ist der Eingriff am einfachsten möglich. Bei den vorbehaltlosen Grundrechten dagegen am schwierigsten. Hier hat der Gesetzgeber im Grunde nur die Vollmacht, die Grenzen der Schutzbereiche der verschiedenen (kollidierenden) Grundrechte nachzuziehen.[726] Durch die abgestuften Eingriffsmöglichkeiten enthält die Verfassung auch eine normative Entscheidung über die Wertigkeit der Grundrechte: Je kleiner die Möglichkeiten des Gesetzgebers, in das Grundrecht einzugreifen, desto hochwertiger das Grundrecht.[727] Für die vorliegende Untersuchung kommt dieses Kriterium nicht zwischen den einzelnen Grundrechten differenzierend zum Tragen, da jedes der oben aufgezählten Grundrechte einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt.[728] Dies gilt auch für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Hier sind die Einschränkungsmöglichkeiten aus der Schrankentrias

---

[721] *Michael/Morlok* (2008) Rn. 624, *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Art. 2 Rn. 93.
[722] Vgl. *Dreier*, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Art. 2 Rn. 94.
[723] *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 253.
[724] *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 255 unter Hinweis auf das Recht der Freizügigkeit im Bundesgebiet gemäß Art. 11 I, II GG.
[725] *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 257 – 260 unter Hinweis auf die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 III 1 GG.
[726] *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 259.
[727] Vgl. auch *Michael/Morlok* (2008) Rn. 624.
[728] Dass eine Ermittlungsmaßnahme in die vorbehaltlose Berufs*wahl*freiheit (Umkehrschluss aus Art. 12 I 2 GG) eingreifen könnte, ist nicht ersichtlich.

des Art. 2 I GG zu entnehmen, nicht aus der vorbehaltlosen Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG.[729]

Ein weiteres normatives Indiz für eine höhere Wertigkeit bestimmter spezieller Grundrechte ist die Tatsache, dass bereits das Grundgesetz einen Eingriff unter Richtervorbehalt gestellt hat.[730] Unter den aufgezählten Grundrechten ist das nur bei Eingriffen in die Freiheit der Person (Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 II 1 GG) und in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 II GG) der Fall.

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet das: Sollte eine Ermittlungsmaßnahme lediglich in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreifen, schlägt sich dies auf die Schwere des Eingriffs mit einem Punkt nieder. Der Eingriff in ein spezielles Grundrecht erhält zwei Punkte, der in ein Grundrecht mit einem grundgesetzlichen Richtervorbehalt drei Punkte.

b) Erkennbarkeit der Maßnahme

Für die Eingriffsintensität ist weiterhin entscheidend, ob die Maßnahme offen, verdeckt oder heimlich durchgeführt wird.[731] Offene Maßnahmen sind solche, die für den Beschuldigten oder für die von ihnen betroffenen Dritten gerade als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen erkennbar sind, so zum Beispiel die Wohnungsdurchsuchung. Eine verdeckte Maßnahme nimmt ihr Adressat zwar ebenfalls wahr, im Gegensatz zur offenen erkennt er jedoch ihren Charakter als Ermittlungsmaßnahme nicht. Die Ermittlungsbehörde verdeckt diesen Charakter gezielt vor dem Betroffenen, damit er von den Ermittlungen nichts ahnend bestimmte Informationen preisgibt oder bestimmte Handlungen vornimmt.[732] Das ist beispielsweise beim Einsatz eines Verdeckten Ermittlers der Fall.[733] Eine heimliche Maßnahme liegt schließlich vor, wenn der Betroffene sie nicht einmal wahrnehmen kann, wie zum Beispiel die Telefonüberwachung.[734]

Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen sind eingriffsschwerer als offene, heimliche Maßnahmen eingriffsschwerer als verdeckte. Das liegt daran, dass die Einwirkungsmöglichkeit des Adressaten von den offenen Maßnahmen über die verdeckten bis hin zu den heimlichen stetig abnimmt: Ist sich der Beschuldigte auf Grund offen durchgeführter Maßnahmen bewusst, dass gegen ihn ermittelt wird, kann er sein Verhalten sofort darauf einstellen und beispielsweise weiteres verräterisches Handeln unterlassen. Er kann ferner – gegebenenfalls mit Hilfe eines Rechtsan-

[729] BVerfGE 65, 1 (44), BVerfG NJW 2006, 978 (980 Rn. 92f.), *Pieroth*/Schlink[24] (2008) Rn. 382.
[730] Vgl. BVerfG NJW 2006, 976 (977 Rn. 59).
[731] Die Terminologie ist nicht einheitlich. Meistens werden „verdeckte" und „geheime" Maßnahmen gleichgesetzt. Wie die Untersuchung gleich aufzeigen wird, ist es jedoch sinnvoll, zwischen den beiden Maßnahmearten zu unterscheiden.
[732] Oder wie *Mitsch* Jura 2008, 211 (211) formuliert: „Verdeckte Ermittlungen haben deswegen in erster Linie den Zweck, den Verdächtigen dadurch zum Reden zu bringen, dass ihm der prozessuale Zusammenhang und Hintergrund der Befragungssituation verheimlicht wird."
[733] Vgl. *Gusy* JuS 2004, 457 (457 Fn. 5).
[734] *Gusy* JuS 2004, 457 (457 Fn. 5).

walts – gegen die (weitere) Durchführung der Maßnahme rechtlich vorgehen oder zumindest auf die Einhaltung ihrer Grenzen achten und damit dafür sorgen, dass der Eingriff nicht vertieft wird.[735] Bei verdeckten Maßnahmen hat der Beschuldigte noch die Chance, angesichts der für ihn immerhin wahrnehmbaren Maßnahme misstrauisch zu werden und durch sein Verhalten auf eventuelle Ermittlungen zu reagieren.[736] Bei heimlichen Maßnahmen kann der Beschuldigte sein Verhalten dagegen nicht anlassbezogen anpassen. Ihm bleiben nur allgemeine Vorsichtsmaßnahmen, um heimliche Ermittlungen zu verhindern oder zumindest zu erschweren.[737] Allgemeine Vorsichtsmaßnahmen sind aber naturgemäß niemals so weitgehend, wie die Schutzmaßnahmen des Beschuldigten gegen die ihm konkret bekannten oder zumindest angenommenen Ermittlungen. Heimliche Maßnahmen treffen den Adressaten typischerweise in einer Situation vermeintlicher Vertraulichkeit.[738] Insofern hat der Beschuldigte vor heimlichen Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich den geringsten Schutz.

In der Evaluation der Eingriffsschwere erhalten offene Maßnahmen daher einen Punkt, verdeckte zwei und heimliche drei.

c) Abschöpfungspotenzial der Maßnahme

Für die Intensität eines Eingriffs ist weiterhin relevant, in welchem Umfang und welcher Qualität eine Maßnahme Informationen gewinnen (abschöpfen) kann.

---

[735] Vgl. *BVerfG* NJW 2006, 976 (981 Rn. 106).

[736] In der Praxis führt deswegen nicht selten ein V-Mann aus der Umgebung der Zielperson einen Verdeckten Ermittler an die Zielperson heran, stellt ihn z.B. als einen Bekannten vor. Beim Einsatz selbst zieht die Ermittlungsbehörde in der Regel den Verdeckten Ermittler einem V-Mann vor, da der Verdeckte Ermittler als Polizeibeamter auch bei längeren Einsätzen zuverlässig ist und nicht „abspringt". Er ist außerdem weisungsgebunden und somit im Gegensatz zum V-Mann problemlos zu führen, verfolgt keine Eigeninteressen und hält rechtsstaatliche Grenzen ein. Dem geschulten Polizeibeamten traut die Ermittlungsbehörde auch eine größere Besonnenheit zu.

[737] In der Praxis kommt es beispielsweise vor, dass vorsichtige Drogenhändler regelmäßig und ohne äußere Anlässe die Handys oder die SIM-Karten in den Handys auswechseln, um sich vor einer eventuellen Telefonüberwachung besser zu schützen. Eine verhältnismäßig neue Methode ist es, per Internet zu telefonieren und dabei Verschlüsselungsprogramme zu benutzen (siehe *OLG Hamburg* StV 2009, 630). Drogenhändler sprechen bei Telefonaten mit anderen Drogenhändlern sowie mit Abnehmern außerdem fast durchgehend konspirativ, d.h. sie nennen die Betäubungsmittel und ihre Mengen nicht oder nicht klar. (Solche Gespräche sind trotz ihrer mangelnden Bestimmtheit für die Ermittlungsbehörde ergiebig, da auch bei Verwendung einer konspirativen Sprache erkennbar wird, wenn der Drogenhändler seine Kunden und ggf. auf wann vertrösten muss, weil ihm der Vorrat ausgeht oder schon ausgegangen ist. Parallel dazu intensivieren sich die Telefonate des Drogenhändlers mit seinem Lieferanten. Für die Ermittlungsbehörde ist das ein sicheres Zeichen dafür, dass der Händler demnächst eine „Beschaffungsfahrt" unternehmen wird, um eine größere Menge Betäubungsmittel zu besorgen.) Eine weitere allgemeine Vorsichtsmaßnahme gegen heimliche Ermittlungsmaßnahmen ergreift mancher Drogenkurier im ländlichen Raum: Wissend, dass Ermittlungsbehörden gerade bei Beschaffungsfahrten gerne zugreifen, weicht er teilweise auf kleine, wenig befahrene Straßen aus, um besser erkennen zu können, ob Verfolger ihn observieren. Die Beispiele ließen sich fortsetzen.

[738] BVerfGE 107, 299 (321).

Diese Fähigkeit wird hier „Abschöpfungspotenzial" genannt und hängt von der Art der Maßnahme ab. So haben manche Maßnahmen ein geradezu punktuelles Abschöpfungspotenzial. Mit Hilfe des IMSI-Catchers (§ 100i I StPO) beispielsweise können lediglich die Gerätenummer eines Mobilfunkgerätes und dessen Kartennummer sowie der Standort dieses Geräts ermittelt werden. Auch das Abschöpfungspotenzial der Identitätsfeststellung nach § 163b StPO, der DNA–Feststellung nach § 81e sowie die Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten nach § 131 StPO ist sehr punktuell. Die Befragung eines gut informierten und aussagewilligen Zeugen nach §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO kann dagegen ganze Serienstraftaten vollständig aufklären. In diesem Zusammenhang ist auch relevant, ob eine Maßnahme, die zahlreiche Informationen abschöpfen kann, sie sogar verknüpfen kann, wie das bei der Rasterfahndung der Fall ist.[739] Eine Informationsverknüpfung liefert genauere und damit qualitativ bessere Ergebnisse. Sie ist daher ein Indiz für ein größeres Abschöpfungspotenzial.

Maßnahmen mit einem punktuellen beziehungsweise kleinen Abschöpfungspotenzial erhalten bei der Evaluation der Eingriffsschwere einen Punkt, die mit einem mittleren zwei und die mit einem großen Abschöpfungspotenzial drei.

d) Privatheitspotenzial der Maßnahme

Ferner ist die Intensität des Eingriffs davon abhängig, wie stark eine Maßnahme in die Privatsphäre des Adressaten eingreifen kann. Dieses Kriterium wird hier „Privatheitspotenzial" genannt. Die Intensität des Eingriffs kann sich zum einen daraus ergeben, dass der Eingriff tief in die Privatsphäre eindringen, das heißt Sachverhalte mit einem hohen Privatheitsgrad betreffen kann. Die Intensität des Eingriffs in die Privatheit kann sich zum anderen daraus ergeben, dass eine Maßnahme möglicherweise einen Sachverhalt mit einem zwar nicht so hohen Privatheitsgrad betrifft, dieser Sachverhalt jedoch im Zuge der Maßnahme einem sehr breiten Publikum zugänglich gemacht wird. Denn der Mensch hat nicht nur ein Interesse, Sachverhalte mit einem hohen Privatheitsgrad geheimzuhalten, sondern auch Sachverhalte mit einem niedrigeren Privatheitsgrad nur bestimmten Personen anzuvertrauen und nicht allgemein bekannt werden zu lassen.[740] Insofern lässt sich auch bei der Verletzung der Privatheit zwischen einer qualitativen und einer quantitativen Komponente unterscheiden.

Nachfolgend wird unter aa) mit der Sphärentheorie dargestellt, zwischen welchen Graden der Privatheit unterschieden werden kann. Anschließend untersucht dieser Abschnitt unter bb), welche Umstände einen Eingriff in einen Sachverhalt mit einem hohen Privatheitsgrad indizieren. Unter cc) untersucht der Abschnitt, auf Grund welcher Maßnahmen private Belange einem breiten Publikum zugänglich gemacht werden.

---

[739] BVerfG NJW 2006, 1939 (1942 Rn. 96f.).

[740] Vgl. auch *Hilger*, in: LR[26], Bd. 4 (2007), vor § 131 Rn. 12.

aa) Sphärentheorie

Bei der Frage, wie tief ein Eingriff in die Privatsphäre des Adressaten reichen kann, soll auf die vom BVerfG und weiten Teilen der Literatur vertretene Sphärentheorie zurückgegriffen werden: Ausgangspunkt der Sphärentheorie ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, das auch die Geheim- und Intimsphäre eines Menschen schützt.[741] Das in der Verfassung vorangestellte Gebot zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) gewährt insbesondere einen unantastbaren Kern der privaten Lebensgestaltung, der auch durch das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) konkretisiert wird.[742]

Die Theorie unterscheidet je nach Geheimhaltungsbedürftigkeit und Persönlichkeitsnähe drei verschiedene Sphären. Im Kern befindet sich die Intimsphäre oder der Kern der privaten Lebensgestaltung. Um diesen Kern herum lagern sich wie konzentrische Kreise die schlichte Privatsphäre und die Sozialsphäre.[743] Der Kern der privaten Lebensgestaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass er in Abgrenzung zur schlichten Privatsphäre geheimhaltsbedürftige Sachverhalte von höchstpersönlichem Charakter betrifft, die keinen oder nur ganz wenigen offenbart werden sollen.[744] In den Kern der privaten Lebensgestaltung dürfen nach der Rechtsprechung des BVerfG Ermittlungsmaßnahmen nicht eingreifen.[745] Das BVerfG macht jedoch eine für das Strafverfahren sehr wichtige Einschränkung: Aufzeichnungen oder Gespräche, die sich unmittelbar auf geplante oder bereits begangene Straftaten beziehen, sollen nicht höchstpersönlich sein und damit nicht zum unantastbaren Kern der der privaten Lebensgestaltung gehören.[746] [747]

---

[741] BVerfGE 54, 148 (153f.).

[742] BVerfGE 109, 279 (313).

[743] *Warntjen*, S. 51f.

[744] Das BVerfG zählt zum Kernbereich innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art, außerdem Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität (BVerfGE 109, 279 (313f.)). Etwas spezifischer *Warntjen* (S. 91): Auseinandersetzung des Einzelnen mit sich selbst, seiner Sinnhaftigkeit, seiner Stellung im Leben, seinem Gewissen, seinem Liebesleben, seiner Sexualität, seiner moralischen, religiösen und ethischen Haltung zu den Fragen der Welt und der Gesellschaft, seine Auseinandersetzung und Beschäftigung mit Krankheiten, Tod und Rückschlägen in der persönlichen Entwicklung sowie mit der Familie als soziales Gebilde und den damit verbundenen Problemen. Vgl. auch *Baldus* JZ 2008, 218 (219).

[745] Das bedeutet jedoch nicht, der Staat habe jegliches Handeln zu unterlassen, das in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreifen könnte, wie etwa die Telefonüberwachung. Er hat es nur dort zu unterlassen, wo auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte die Verletzung des Kernbereichs wahrscheinlich ist (*Baldus* JZ 2008, 218 (220) unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279, (313 und 320); 113, 348 (390f.)).

[746] BVerfGE 80, 367 (375); 109, 279 (319).

[747] A.A. *Baldus*, der Gesprächen oder Aufzeichnungen über Straftaten höchstpersönlichen Charakter zuspricht und in der Rspr. des BVerfG doch eine Abwägung der Strafverfolgungsinteressen gegen den angeblich absoluten, unabwägbaren Schutz des Kernbereichs erblickt (JZ 2008, 218 (224)). A.A. ebenfalls *Wolter* StV 1990, 175 (179).

Zur schlichten Privatsphäre gehören Sachverhalte, die noch einen privaten Charakter, wenn auch nicht mehr einen höchstpersönlichen aufweisen. Der Sachverhalt hat keinen höchstpersönlichen Charakter, wenn er einen ausreichenden Sozialbezug aufweist. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt es hierbei darauf an, wie hoch im Einzelfall der Geheimhaltungswille des Betroffenen ist (formales Element) und in welcher Art und Intensität der jeweilige Sachverhalt aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berühre (inhaltliches Element).[748]

Zur Sozialsphäre gehören schließlich solche Sachverhalte, die keinen privaten Charakter mehr haben, wie etwa das im geschäftlichen Verkehr Gesprochene.[749] [750] Es sind Vorgänge, die soweit in die Öffentlichkeit hineinragen, dass der Einzelne gegen ungewollte Anteilnahme keinen Schutz mehr genießt.[751]

bb) Indikatoren für die Verletzung der Privatheit

Das BVerfG und das Schrifttum haben Indikatoren entwickelt, die aufzeigen sollen, wann höchstpersönliche Sachverhalte vorliegen und somit der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betroffen ist. Je mehr solcher Indikatoren vorliegen, desto mehr wird der Sachverhalt dem privaten Bereich eines Menschen zuzurechnen sein.[752] Die entwickelten Indikatoren sind jedoch nur in eingeschränktem Maße auf die vorliegende Untersuchung übertragbar. Das liegt daran, dass das Vorliegen vieler Indikatoren erst dann zuverlässig beurteilt werden kann, wenn in einem konkreten Fall der Sachverhalt bereits bekannt und auf seine Höchstpersönlichkeit hin zu beurteilen ist – etwa bei der Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist. Die Indikatoren sind daher vielfach ungeeignet, schon bei den generell abstrakten Eingriffsermächtigungen der Strafprozessordnung aufzeigen zu können, welche Ermittlungsmaßnahme einen Sachverhalt mit höchstpersönlichem Charakter tangieren wird. So ist beispielsweise der wohl wichtigste Indikator für die Höchstpersönlichkeit eines Sachverhalts der Inhalt menschlicher Kommunikation. Bei einem bereits ermittelten Sachverhalt ist dieser Inhalt bekannt und kann mittels der Indikatoren auf seine Höchstpersönlichkeit hin untersucht werden. Bei der Beurteilung der strafprozessualen Eingriffsermächtigungen muss dagegen vorausgesagt werden, welche Ermittlungsmaßnahme eine menschli-

[748] *Gössel*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), Einl. L Rn. 88 unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279 (314).

[749] BVerfGE 34, 238 (247).

[750] Im Einzelnen sind die Abgrenzungen zwischen den Sphären nicht eindeutig und die Rspr. nicht einheitlich (dazu ausführlich *Gössel*, in: LR[26], Bd. 1 (2006), Einl. L Rn. 89ff., vgl. auch *Pieroth/Schlink*[24] (2008) Rn. 376).

[751] *Duttge* JZ 1996, 556 (563).

[752] Ausführlich zu den Indikatoren *Warntjen*, S. 74ff., insbesondere S. 88ff. m.w.N. *Warntjen* unterscheidet fünf Indikatoren: Thematik der Kommunikation, Anzahl der Kommunizierenden, Verwendung von Telekommunikationsmedien, Vertrauensverhältnis der Kommunizierenden, räumliche Situation.

che Kommunikation mit höchstpersönlichem Charakter wahrscheinlich erfassen wird. Dennoch können einige Indikatoren zumindest diese Wahrscheinlichkeiten aufzeigen und sind somit für die Untersuchung brauchbar:

aaa) Räumliche Situation

Ein starker und unbestrittener Indikator ist die räumliche Situation, in der die Maßnahme durchgeführt wird: Private Wohnräume stehen gegenüber Betriebs- oder Geschäftsräumen oder gar dem öffentlichen Raum typischerweise für ein sehr hohes Maß an Privatheit.[753] Viele der potenziellen Adressaten wohnen in diesen Räumen mit Personen höchstpersönlichen Vertrauens zusammen, insbesondere mit Familienangehörigen. Zwischen ihnen werden sich typischerweise Gespräche mit höchstpersönlichem Charakter entwickeln.[754] Ermittlungsmaßnahmen, die auf private Wohnräume zugreifen – wie die Wohnungsdurchsuchung und akustische Überwachungen von Wohnräumen – greifen also typischerweise intensiv in die Privatheit ein.

bbb) Anzahl der Kommunizierenden

Ein zweiter Indikator für die Intensität eines Eingriffs in die Privatheit ist bereits vager und nicht unbestritten: Bei Ermittlungsmaßnahmen, die auf schriftliche oder verbale Kommunikationsinhalte zugreifen, spielt auch die Anzahl der Kommunizierenden eine Rolle: Je privater ein Sachverhalt ist, desto höher ist das Geheimhaltungsbedürfnis des Kommunizierenden. Man kann deswegen sicher sagen, dass je größer der Kreis der Kommunizierenden, desto geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Kommunikation mit privatem oder gar höchstpersönlichem Inhalt betroffen sein wird.[755] Dagegen ist der Umkehrschluss, also dass die Kommunikation zwischen wenigen – vor allem zwischen zwei – Personen immer privat oder gar höchstpersönlich ist, nicht möglich: Die Kommunikation zwischen zwei Personen ist im Alltag geradezu der Normalfall, unabhängig davon, ob sie einen sehr privaten oder völlig banalen Inhalt hat. Letztlich spielt das jedoch keine Rolle, da es bei der vorliegenden abstrakten Betrachtung allein um Wahrscheinlichkeiten geht. Und hier ist es nun mal typisch, dass Privates oder gar Höchstpersönliches zwischen zwei Menschen kommuniziert wird. Greift eine Maßnahme – wie die Überwachung der Telekommunikation oder die Postbeschlagnahme – auf eine solche Kommunikation zu, hat sie deswegen ein großes Privatheitspotenzial.

Teilweise gegenläufig ist die umstrittene Diskussion, ob die Verwendung von Telekommunikationsmedien (Telefon, Brief, E-Mail, Fax, SMS), die in den allermeisten Fällen im Verhältnis zwischen zwei Personen benutzt werden, ein Indiz gegen höchstpersönliche Kommunikationsinhalte ist, da höchst-persönliche Ange-

[753] BVerfGE 109, 279 (320f.), *Warntjen*, S. 105f. m.w.N. Das entspricht auch der normativen Wertung des § 100c IV 1, 2 StPO n.F. und § 201a I StGB.

[754] BVerfGE 109, 279 (321ff.). Vgl. zum Ganzen *Warntjen*, S. 92 - 94, 98 - 105, insbesondere zu den Schwierigkeiten, den Kreis der Personen höchstpersönlichen Vertrauens zu bestimmen.

[755] Vgl. *Warntjen*, S. 92 ff.

legenheiten typischerweise im persönlichen Gespräch geklärt werden.[756] Träfe die Aussage zu, müssten bei einer generalisierenden Betrachtung Ermittlungsmaßnahmen, die auf Kommunikationsinhalte zugreifen, die über Telekommunikationsmedien transportiert werden, ein großes Privatheitspotenzial abgesprochen werden. Denn sie könnten zumindest keine höchstpersönliche Kommunikation tangieren. Zwar werden höchstpersönliche Angelegenheiten oft im persönlichen Gespräch geklärt, weil nur das persönliche Gespräch es ermöglicht, die unmittelbaren Reaktionen, den Blickkontakt und die Körpersprache des Gesprächspartners einzubeziehen und dadurch eine intensivere Kommunikation aufzubauen.[757] [758] Insgesamt erscheint das Kriterium aber als zu unsicher, um als zuverlässiger Indikator gegen höchstpersönliche Kommunikationsinhalte dienen zu können:

Auch in Zeiten der „Telekommunikationsmedien" bedeutet die Benutzung eines solchen Mediums nicht zwangsläufig, dass die Kommunikation keinen höchstpersönlichen Charakter haben wird. Auf Grund der heute üblichen beruflichen und privaten Mobilität leben Verwandte und enge Freunde oft weit von einander entfernt. Das trifft sogar teilweise auf Ehepaare zu („Wochenendehen"). Dadurch werden zwangsläufig auch hochprivate Kommunikationsinhalte am Telefon ausgetauscht. Neben den zwingenden privaten Einschränkungen führen häufig auch reine Praktikabilitätsüberlegungen zur Nutzung des Telefons. Gerade seit der Verbreitung des Handys ist es leicht, nahezu jeden, überall und fast zu jeder Zeit zu erreichen. Ein anderes Telekommunikationsmedium wird seit alters her mit vertraulichen, privaten Kommunikationsinhalten verbunden: der handgeschriebene und in einem verschlossenen Umschlag versendete Brief.

Da sowohl das persönliche Gespräch als auch die mit Hilfe der Telekommunikationsmedien geführte Kommunikation höchstpersönliche wie auch ganz banale Themen zum Gegenstand haben kann, ist das Kriterium zu unsicher, um als Indikator gegen die Wahrscheinlichkeit zu dienen, über Telekommunikationsmedien werden keine höchstpersönlichen Inhalte transportiert. Für diese Ansicht sprechen auch normative Gesichtspunkte: Das Post- und Fernmeldegeheimnis ist als spezielles Grundrecht (Art. 10 I GG) ausgestaltet. Der Gesetzgeber geht auf Grund des starken Schutzes des Post- und Fernmeldegeheimnisses also offensichtlich davon aus, dass bei einem Eingriff auch höchstpersönliche Kommunikationsinhalte bekannt werden können. Für Telefongespräche ergibt sich diese Schlussfolgerung auch aus dem Beweiserhebungsverbot des § 100a IV 1 StPO und dem Beweisverwertungsverbot nach § 100a IV 2 StPO.

Es bleibt daher dabei: Bei der Kommunikation zwischen zwei Personen – auch unter Nutzung von Telekommunikationsmedien – ist es wahrscheinlich, dass auch höchstpersönliche Kommunikationsinhalte erfasst werden, so dass der

[756] Ausführliche Darstellung der Meinungen bei *Warntjen*, S. 94 ff.
[757] Vgl. *Warntjen*, S. 97.
[758] Daneben dürften auch Sitten und Konventionen eine Rolle spielen, nach denen man gewisse Dinge in einem persönlichen Gespräch von Angesicht zu Angesicht sagen sollte.

Zugriff auf solche Kommunikationen ein Indikator für ein großes Privatheitspotenzial ist.

cc) Öffentliche Ermittlungsmaßnahmen

Für die Verletzung des Privatheitspotenzials ist es schließlich – wie bereits ausgeführt – relevant, ob bestimmte Sachverhalte einem breiten Publikum bekannt werden. Dies ist nur bei einer Art von Maßnahmen der Fall: bei den verschiedenen Formen der Öffentlichkeitsfahndung nach §§ 131ff. StPO.[759] Für die hier zu untersuchende Eingriffsschwere bedeuten die obigen Ausführungen: Je mehr eine Ermittlungsmaßnahme von ihrer Art her den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung tangieren kann, desto schwerer greift sie in die Grundrechte ein.[760] Kann die Maßnahme daher lediglich in die Sozialsphäre eingreifen oder in Belange mit einer sehr kleinen Geheimhaltungsbedürftigkeit, erhält sie einen Punkt. Hat sie dagegen das Potenzial, in die (übrige) schlichte Privatsphäre einzugreifen, erhält sie zwei Punkte. Droht sie den Kern der privaten Lebensgestaltung zu tangieren, schlägt dies bei der Untersuchung mit drei Punkten zu Buche. Öffentliche Maßnahmen erhöhen das Privatheitspotenzial.

e) Betroffenheit Dritter

Schließlich ist für die Intensität des Eingriffs mitentscheidend, wie viele Grundrechtsträger von ihm betroffen sein können und ob sie Anlass dazu gegeben haben.[761] Die Zahl der betroffenen unverdächtigen Dritten ist zu berücksichtigen.[762]

[759] Es lohnt sich, folgende Einsichten festzuhalten: 1. Sowohl heimliche Maßnahmen als auch ihr genaues Gegenteil, nämlich öffentliche (nicht lediglich *offene*) erhöhen die Eingriffsschwere, wenn auch denknotwendig unter verschiedenen Gesichtspunkten. 2. Hauptverhandlungen sind grundsätzlich öffentlich (§ 169 1 GVG). Die Öffentlichkeit dient hier der Kontrolle der Justiz. Ihr Ausschluss bedarf besonderer Gründe (§§ 171a ff. GVG), weil dadurch die Kontrolle verloren geht. Im Ermittlungsverfahren bedarf dagegen die „Herstellung" der Öffentlichkeit durch die verschiedenen Formen der öffentlichen Fahndung besonderer Gründe, weil solche Maßnahmen mit Eingriffen in die Privatheit und mit Stigmatisierung verbunden sind. In der Hauptverhandlung geht also die Kontrolle der Justiz den Eingriffen in die Privatheit des Angeklagten und seiner Stigmatisierung vor (Ausnahmen: §§ 171a, 171b GVG). Im Ermittlungsverfahren überwiegt dagegen der Schutz des Beschuldigten vor Eingriffen in seine Privatheit und vor seiner Stigmatisierung durch die Öffentlichkeit, da die Öffentlichkeit das Ermittlungsverfahren, um den Informationsvorsprung der Ermittlungsbehörde zu wahren, im Gegensatz zum Gerichtsverfahren nicht kontrolliert.

[760] *Frenz* DVBl. 2009, 333 (334) unter Bezugnahme auf BVerfGE 89, 69 (82f.).

[761] BVerfG NJW 2006, 1939 (1942 Rn. 94, 1944 Rn. 117). Abweichender Meinung Richterin *Haas*: Der Eingriff sei nicht deshalb besonders intensiv, weil er eine Vielzahl von Personen betreffe. Der Eingriff betreffe stets nur einen Einzelnen. Entscheidend sei, wie einschneidend die Maßnahme für diesen sei. Die Betroffenheit anderer verändere die Belastungsschwelle für den Einzelnen nicht (NJW 2006, 1939 (1949 Rn. 172). Die Argumentation ist sehr künstlich: Greift eine einzige Maßnahme in die Grundrechte von 100 Personen ein, darf sie nicht in 100 von einander unabhängige Eingriffe aufgeteilt und jeder von ihnen isoliert betrachtet werden. So würde man über die rechtliche Würdigung aus der Maßnahme eine machen, die sie eben nicht ist und sie folglich falsch beurteilen.

[762] BVerfG NJW 2004, 999 (1012).

[763] Bei Maßnahmen mit einer erheblichen „Streubreite“ ist die Anzahl der betroffenen unbeteiligten Dritten typischerweise hoch und die Eingriffsintensität deswegen größer.[764] So haben Maßnahmen wie die Rasterfahndung (§ 98a StPO) oder die Funkzellenabfrage (§ 100g II 2 StPO) eine sehr große „Streubreite“.[765] Wird dagegen der Beschuldigte oder werden Beweismittel in der Wohnung eines Dritten gemäß § 103 StPO gesucht, ist von dem Eingriff nur ein einziger Dritter betroffen.

Betrifft die Maßnahme nur den Beschuldigten, erhält sie im Hinblick auf die Eingriffsschwere einen Punkt. Wird ein oder werden mehrere unbeteiligte Dritte betroffen, erhält die Maßnahme zwei Punkte. Ermittlungsmaßnahen mit großer „Streubreite“, die zahlreiche Dritte betreffen, erhalten drei Punkte.

f) Eingriffsdauer

Für die Eingriffsschwere ist schließlich die Dauer des Eingriffs entscheidend, also die Zeitspanne, in der eine Ermittlungsmaßnahme tatsächlich durchgeführt wird. Je länger der Eingriff dauert, desto länger wird bei einer generalisierenden Betrachtung der Adressat der Maßnahme Belastungen ausgesetzt. Der Eingriff wird dadurch insgesamt schwerer.

Bei der Untersuchung erhalten Eingriffe mit kurzer Dauer einen Punkt. Als Eingriffe mit kurzer Dauer werden gemäß der normativen Wertung des Art. 104 II 3 GG solche angesehen, die maximal 48 Stunden dauern.[766] Eingriffe mit einer mittleren Dauer erhalten zwei Punkte. Als Eingriffe von mittlerer Dauer werden solche angesehen, die zwischen 48 Stunden und einem Monat dauern. Die Monatsgrenze ergibt sich normativ aus folgenden Ermächtigungsgrundlagen: § 100d I 4 StPO, § 163f IV 1 StPO a.F.[767] Eingriffe, die typischerweise über einen Monat dauern können, erhalten bei der Untersuchung drei Punkte.

Beim Setzen der einzelnen Punkte wird sich das Problem ergeben, dass bei den „Dauermaßnahmen“ kein zuverlässiges Datenmaterial zur Ermittlungsdauer vorliegt. Hier ist teilweise auf allgemeine Überlegungen zurückzugreifen. So werden die verschiedenen öffentlichen Fahndungsformen der §§ 131ff. StPO bei einer generalisierenden Betrachtung kürzer dauern als die nichtöffentlichen, da bei

---

[763] Wie hoch das BVerfG die Betroffenheit unbeteiligter Dritter für die Frage der Eingriffsschwere bewertet, ist aus der folgenden unverblümten Drohung an den Gesetzgeber zu ersehen: „Es stellt sich auch die Frage, ob und in welchem Umfang von einer neuerlichen Ausdehnung heimlicher Ermittlungsmethoden im Hinblick auf Grundrechtspositionen unbeteiligter Dritter Abstand zu nehmen ist“ (Beschluss der 1. Kammer des 2. Senats vom 22.08.2006 NJW 2007, 351 (356 Rn. 84)).
[764] BVerfGE 107, 299 (320f.).
[765] Siehe zu einer geradezu gigantischen Rasterfahndung nach „islamistischen Schläfern“ auf polizeirechtlicher Grundlage, bei der Daten von 200.000 bis 300.000 Personen im gesamten Bundesgebiet abgeglichen worden sind, die Entscheidung des BVerfG NJW 2006, 1939.
[766] Es wäre auch vertretbar gewesen, gemäß § 163f I 1 Nr. 1 StPO die Grenze bei 24 Stunden festzulegen, wobei der Unterschied keine praktische Auswirkung haben dürfte.
[767] § 81 V StPO setzt eine nicht weit davon entfernte Grenze von sechs Wochen.

der öffentlichen Fahndung die Zahl der potenziellen Hinweisgeber enorm ansteigt. Teilweise muss auf allgemeine Erfahrungssätze zurückgegriffen werden. Wird beispielsweise bei der Schleppnetzfahndung nach § 163d StPO eine Computerdatei für die Arbeit der Ermittlungsbehörde eingerichtet, wird sie mit Sicherheit länger als einen Monat lang betrieben werden müssen, um ihren Zweck erfüllen zu können. Teilweise muss bei der Ermittlungsdauer aber schlicht und einfach geschätzt werden. Es stellt sich beispielsweise die Frage, wie lange die akustische Überwachung außerhalb der Wohnung nach § 100f I, II StPO typischerweise dauert. § 100f StPO kommt meistens beim Einbau von Sprachaufzeichnungsgeräten in Pkws zum Einsatz. Die Fahrten mit dem Pkw können jedoch länger oder kürzer sein, häufiger oder seltener durchgeführt werden. Im Zweifel wird die mittlere Dauer (zwei Punkte) angenommen.

II. Quantifizierung der Eingriffsschwere

Der vorliegende Abschnitt wendet die soeben erarbeite Bewertungsmethode mit ihren verschiedenen Kriterien für die Eingriffsschwere an. Hierbei werden nach Vorbemerkungen (1.) und der Darstellung einer Legende für die Tabelle (2.) die strafprozessualen Maßnahmen und die Kriterien für die Eingriffsschwere in der Tabelle 1 gefasst und die Punkte gesetzt (3.). Die fertige Tabelle 1 zeigt, wie eingriffsschwer die jeweilige Maßnahme auf einer Punkteskala von 6 bis 18 ist.

1. Vorbemerkungen

In der ersten Spalte enthält die Tabelle 1 die Bezeichnung der jeweiligen Maßnahme. Die zweite Spalte gibt wieder, ob und gegebenenfalls welcher Subsidiaritätsklausel die jeweilige Maßnahme in der Strafprozessordnung aktuell unterworfen *ist*. Die vor der Tabelle abgedruckte Legende erläutert, wie die einzelnen Subsidiaritätsklauseln in dieser zweiten Spalte abgekürzt werden. Die Spalten 3 bis 8 der Tabelle 1 enthalten die oben behandelten Kriterien für die Eingriffsschwere: den Wertgehalt des jeweiligen Grundrechts, die Erkennbarkeit der Maßnahme, das Abschöpfungspotenzial, das Privatheitspotenzial, die Betroffenheit Dritter und die Eingriffsdauer. Die vor der Tabelle abgedruckte Legende gibt nochmals die Kriterien der Eingriffsschwere wieder und erläutert schlagwortartig, wie die Punkte gesetzt werden. Die neunte und letzte Tabellenspalte enthält die Summe der von einer Maßnahme als Ausdruck der Eingriffsschwere erzielten Punkte: $\sum$. Der Inhalt der jeweiligen Spalte ist in der ersten Zeile der Tabelle nochmals abgekürzt wiedergegeben.

Manche Ermittlungsmaßnahmen mussten für die Tabelle zum Teil in ihre einzelnen Varianten unterteilt werden, weil die verschiedenen Varianten in unterschiedlichem Maße die verschiedenen Kriterien erfüllen. So gibt es beispielsweise die Identitätsfeststellung (§§ 163b, 163c StPO) mit und ohne Freiheitsentzug sowie in der Form zur Feststellung der Identität des Beschuldigten und Dritter. Je

nach Variante kann die Eingriffsschwere größer oder kleiner sein und deswegen unterschiedliche Subsidiaritätsklauseln erforderlich machen.[768] In manchen Fällen enthalten Eingriffsermächtigungen bestimmter Maßnahmen mehrere Subsidiaritätsklauseln, so dass es schon deswegen erforderlich ist, Varianten zu bilden. § 100h StPO enthält beispielsweise drei verschiedene Subsidiaritätsklauseln.

Von den Maßnahmen, die sich auf die Generalklauseln §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO stützen, werden nicht alle behandelt, sondern exemplarisch nur drei: die Zeugenvernehmung, die kurzfristige Observation und der Einsatz eines V-Manns. Auf die Kernaussagen der Untersuchung wird es keinen Einfluss haben.

Soweit es erforderlich erscheint, erläutern mit einem Kleinbuchstaben gekennzeichnete Fußnoten kurz die gesetzte Zahl der Punkte. Die Fußnoten sind am Ende der Tabelle abgedruckt. Durchgehende Erläuterungen sind angesichts der großen Vielzahl der zu setzenden Punkte nicht möglich und auch nicht notwendig.

2. Legende

Subsidiaritätsklauseln:

0: Keine Klausel
I: Klausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert“
II: Klausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“
III: Klausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert“
IV: Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“
V: Klausel „aussichtslos“

Die zu setzenden Punkte nach Kategorien:

Wertigkeit des jeweiligen Grundrechts:
■ □ □ allgemeine Handlungsfreiheit
■ ■ □ spezielles Grundrecht
■ ■ ■ Grundrecht mit grundgesetzlichem Richtervorbehalt

Erkennbarkeit der Maßnahme:
■ □ □ offene Maßnahme
■ ■ □ verdeckte Maßnahme
■ ■ ■ heimliche Maßnahme

[768] Durch die Variantenbildung wird die Zahl der subsidiären Maßnahmen gegenüber den im 4. Kapitel B aufgelisteten steigen.

Abschöpfungspotenzial der Maßnahme:
■ □ □ punktuell/klein
■ ■ □ mittel
■ ■ ■ groß/Informationsverknüpfung

Privatheitspotenzial der Maßnahme:
■ □ □ Sozialsphäre oder kleine Geheimhaltungsbedürftigkeit
■ ■ □ (übrige) schlichte Privatsphäre
■ ■ ■ Kern privater Lebensgestaltung

Betroffenheit Dritter:
■ □ □ nur Beschuldigter
■ ■ □ einer oder mehrere Dritte
■ ■ ■ zahlreiche Dritte

Ermittlungsdauer:
■ □ □ bis zu 48 Stunden
■ ■ □ 48 Stunden bis zu einem Monat
■ ■ ■ länger als ein Monat

3. Tabelle 1: Eingriffsschwere

Tabelle 1

Maßnahme	Subsidiaritäts-klausel	Wertigkeit der Grundrechte	Erkennbarkeit	Abschöpfung	Privatheit	Betroffenheit Dritter	Dauer	Σ
§ 81: Unterbringung z. Beobachtung	0	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ ■	13
§ 81a: körperliche Unters. Besch.	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	8
§ 81b: erkennungsd. Behandlung	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■ a)	10
§ 81c: körperliche Unters. Dritter	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ ■ □	■ □ □	9
§ 81e: DNA-Analyse	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □ b)	■ □ □	■ □ □	8
§ 81g: DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■ a)	10
§ 81h: DNA-Reihentest	0	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	12
§ 94: Beschlagnahme	0	■ ■ □	■ □ □	■ ■ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	11
§§ 94, 97 V: Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern	III	■ ■ ■ c)	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ □ d)	■ ■ ■	12
§ 98a: Rasterfahndung	II	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	15
§ 98c: Datenabgleich	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	10
§ 99: Postbeschlag-nahme	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■ e)	15
§ 100a: Überwachung der Telekom.	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ ■ f)	■ ■ □	■ ■ ■ g)	16

Maßnahme	Subsidiaritäts-klausel	Wertigkeit der Grundrechte	Erkennbarkeit	Abschöpfung	Privatheit	Betroffenheit Dritter	Dauer	Σ
§ 100c: akusti-sche Wohnraum-überwachung	IV	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □ f)	■ ■ □	■ ■ □ h)	15
§ 100f I: akusti-sche Überw. Besch. außerhalb Whg.	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■ i)	■ □ □	■ ■ □	13
§ 100f II: akusti-sche Überw. Dritter außerhalb Whg.	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■ i)	■ ■ □	■ ■ □	14
§ 100g I 1 Nr. 1: Verkehrsdaten bei Katalogtat	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	13
§ 100g I 1 Nr. 2: Verkehrsdaten bei Taten mittels Telekommunik.	V	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	13
§ 100g II 2: Funk-zellenabfrage	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ ■	■ □ □	13
§ 100h I 1 Nr. 1: Bildaufn. v. Be-sch.	I	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □ j)	■ □ □	■ □ □	■ □ □	10
§ 100h I 1 Nr. 2: techn. Obs.-Mittel gegen Besch.	I	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	13
§ 100h II 2 Nr. 1: Bildaufn. v. Drit-ten	II	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	11
§ 100h II 2 Nr. 2: techn. Obs.-Mittel gegen Dritte	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ ■	14
§ 100i: IMSI-Catcher	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	■ ■ ■ k)	■ □ □	12
§ 102: Durchsu-chung beim Be-schuldigten	0	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □	11

Maßnahme	Subsidiaritäts-klausel	Wertigkeit der Grundrechte	Erkennbarkeit	Abschöpfung	Privatheit	Betroffenheit Dritter	Dauer	Σ
§ 103 I 1: Durch-suchung bei Dritten	0	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ □ □	12
§ 103 I 2: Durch-suchung von Gebäuden	0	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □ l)	■ ■ ■	■ ■ ■	■ □ □	12
§ 110a I 1, 2: VE bei Katalogtat o. Verbrechen mit Wiederholungsge-fahr	III	■ ■ ■ m)	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■ m)	■ □ □	■ ■ ■	15
§ 110a I 4: VE bei Verbrechen ohne Wiederholungsge-fahr	V	■ ■ ■ m)	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■ m)	■ □ □	■ ■ ■	15
§ 111: Kontroll-stellen	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □ n)	■ ■ ■	■ □ □	10
§ 131 I,II: nichtöff. Fahndung. zur Festnahme Be-sch.	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ ■	11
§ 131 III, IV: öffentl. Fahndung z. Festn. Besch. mit Abbild.	II	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	12
§ 131a I,II: nicht-öff. Fahnd. z. Aufenthaltserm. Besch./Zg.	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ ■ ■	12
§ 131a III: öffentl. Fahnd. z. Aufent-haltserm. Be-sch/Zg.	II	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	13
§ 131a IV: öffentl. Fahnd. nach Zeugen mit Abbil-dung	III	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	13

Maßnahme	Subsidiaritäts-klausel	Wertigkeit der Grundrechte	Erkennbarkeit	Abschöpfung	Privatheit	Betroffenheit Dritter	Dauer	Σ
§ 131b I: Veröff. v. Abbild. des Besch. zur Tat-aufklärung	II	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ □ □	■ ■ □	12
§ 131b II: Veröff. v. Abbild. des Zeugen zur Tat-aufklärung	III	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	13
§§ 161 I, 163 I: Zeugenbefragung	0	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	10
§§ 161 I, 163 I: kurzfristige Obs. Besch.	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ □ □	10
§§ 161 I, 163 I: V-Mann	0	■ ■ ■ m)	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■ m)	■ □ □	■ ■ ■	15
§ 163b I 1: Identi-tätsfeststell. Besch.	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □ n)	■ □ □	■ □ □	8
§ 163b II 1: Identi-tätsfeststell. Dritter	0	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	8
§§ 163b I, 163c: freiheitsentz. Identitätsfeststell. Besch.	0	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	■ □ □	9
§§ 163b II, 163c: freiheitsentz. Identitätsfeststell. Dritter	0	■ ■ ■	■ □ □	■ □ □	■ □ □	■ ■ □	■ □ □	9
§ 163d: Schlepp-netzfahndung	0	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ ■	16
§ 163e I 1, 2: Ausschreibung Besch. z. pol. Beobachtung	II	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	13
§ 163e I 3: Aus-schreibung Dritter z. pol. Beobach-tung	III	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ ■	14

Maßnahme	Subsidiaritäts-klausel	Wertigkeit der Grundrechte	Erkennbarkeit	Abschöpfung	Privatheit	Betroffenheit Dritter	Dauer	Σ
§ 163f I 1: lägerfr. Obs. Besch.	II	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ □ □	■ ■ ■	13
§ 163f I 2: lägerfr. Obs. Dritter	II	■ ■ □	■ ■ ■	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ □	■ ■ ■	14

Erläuterungen zu Tabelle 1:

a) Bei §§ 81b, 81g StPO liegt die Dauer der Maßnahme über einem Monat, da hier auf die lange Speicherung der Daten abzustellen ist.
b) § 81e StPO erreicht beim Privatheitspotenzial nur zwei Punkte, da keine Erbinformationen ausgelesen werden können.
c) § 97 V StPO hat mit drei Punkten bei der Hochwertigkeit des Grundrechts die höchste Punktzahl zu bekommen: Die Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I 2 GG steht zwar nicht unter einem grundgesetzlichen Richtervorbehalt. Die Presse- und Rundfunkfreiheit wird für eine Demokratie jedoch als schlichtweg konstituierend angesehen, so dass berechtigt ist, beim Eingriff in dieses Grundrecht drei Punkte zu geben.
d) Bei § 97 V StPO ist zwangsläufig der Informant als Dritter mitbetroffen.
e) Bei § 99 StPO wird hinsichtlich der Dauer der Maßnahme von der Beschlagnahme im engeren Sinne ausgegangen (vgl. 3. Kapitel B I 5) und somit von einer Dauer der Maßnahme über einem Monat. Vertretbar wäre es auch, von einer Dauer unter einem Monat auszugehen, da die meisten Postsendungen nach ihrer inhaltlichen Kontrolle weitergeleitet werden, es somit nur zu einer geringfügigen Verzögerung der Postbeförderung kommt. Vielfach reicht es auch aus, ein Schreiben in Form einer Kopie zu beschlagnahmen, so dass das Original ebenfalls lediglich mit einer kleinen Verzögerung weiterbefördert wird.
f) Die Telefonüberwachung nach § 100a StPO hat mittlerweile ein höheres Privatheitspotenzial als die akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO, da § 100c IV ein sehr rigides Beweiserhebungsverbot für höchstpersönliche Sachverhalte enthält. Außerdem sieht § 100c V 1 StPO eine sofortige Unterbrechungspflicht vor, falls entgegen der Erwartung höchstpersönliche Sachverhalte berührt werden. Der Schutz vor der Verletzung höchstpersönlicher Sachverhalte in § 100a IV StPO ist dagegen schwächer.
g) Die durchschnittliche Telefonüberwachung dauert nach einer Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht im

Durchschnitt 41 Tage und damit länger als einen Monat (*Krüpe-Gescher*, S. 131, vgl. auch *Backes/Gusy*, S. 59f.).
h) Eine akustische Wohnraumüberwachung dauerte in den Jahren 1998 bis 2003 durchschnittlich 27,2 Tage, also weniger als ein Monat *Meyer-Wieck*, S. 29).
i) § 100f I, II StPO erhält beim Privatheitspotenzial drei Punkte: Die meisten Vorrichtungen für Sprachaufzeichnungen werden in Pkws installiert. Bei einer Autofahrt stehen wenige Personen in persönlichem Kontakt miteinander. Autofahrten werden häufiger mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens unternommen wie z.B. mit Ehegatten.
j) Gerade bei längerer Videoüberwachung, beispielsweise der eines Türeingangs, ist Abschöpfungspotenzial des § 100h I 1 Nr. 1 StPO nicht lediglich punktuell: Die Zeiten des Kommens und Gehens des Beschuldigten sowie seiner Besucher (unvermeidbar Mitbetroffene, § 100h III StPO) werden erfasst. Es waren deswegen zwei Punkte zu setzen.
k) Beim Einsatz des IMSI-Catchers nach § 100i StPO wird in seinem Einzugsbereich der Verbindungsaufbau für alle Handys ganz kurz unterbrochen. Dadurch sind, wenn auch sehr kurzfristig, zahlreiche Dritte betroffen.
l) Die Gebäudedurchsuchung nach StPO 103 I 2 StPO hat mit einem Punkt ein kleineres Abschöpfungspotenzial als die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten gemäß § 102 StPO oder Dritter gemäß § 103 I 1 StPO. Bei der Gebäudedurchsuchung darf nämlich nur nach dem Beschuldigten gesucht werden. Sachen der jeweiligen Wohnungsinhaber dürfen dagegen nicht durchgeschaut werden.
m) Es ist stark umstritten, ob der Verdeckte Ermittler in die Unverletzlichkeit der Wohnung eingreift, wenn er gemäß § 110c 1 StPO die Wohnung der Zielperson unter einer Legende betritt. Unstreitig kommt er einem solchen Eingriff zumindest sehr nahe (siehe zum Ganzen *Schäfer*, in: LR[25], Bd. 2 (2004), § 110c Rn. 11 ff. und *Schneider* NStZ 2004, 359 (365ff.) jeweils m.w.N.). Daher waren bei der Wertigkeit der Grundrechte wie auch beim Privatheitspotenzial drei Punkte zu setzen. Gleiches gilt für den V-Mann.
n) Bei den Kontrollstellen nach § 111 StPO und der Identitätsfeststellung beim Beschuldigten nach § 163b I StPO dürfen im Gegensatz zur Identitätsfeststellung bei Dritten gemäß § 163b II StPO auch die Personen und Sachen durchsucht werden. Das Privatheitspotenzial ist bei den Maßnahmen nach § 111, 163b I StPO daher größer.

III. Methode zur Abgleichung der Eingriffsschwere mit Subsidiaritätsklauseln

Nachdem die bisherige Untersuchung in diesem Kapitel ergeben hat, wie eingriffsschwer einzelne Maßnahmen sind, werden die dabei gewonnen Ergebnisse nun mit den in der Strafprozessordnung enthaltenen Subsidiaritätsklauseln abgeglichen. Dies geschieht in Form der Tabellen 2 und 3, wobei die Tabelle 3 die

Tabelle 2 lediglich optisch durch Schattierung von Feldern modifiziert, um bestimmte Zusammenhänge besser veranschaulichen zu können.

Die Tabellen 2 und 3 sind gleich aufgebaut: Die Spalten sind mit „0“ beziehungsweise „I“ bis „V“ überschrieben. Die Zeichen stehen wie bei der Tabelle 1 für „keine Subsidiaritätsklausel“ beziehungsweise für die fünf unterschiedlichen Typen der Subsidiaritätsklauseln. Die Zeichen werden in einer Legende unterhalb der jeweiligen Tabelle nochmals erklärt. Die Zeilen der beiden Tabellen sind mit den Zahlen „6“ bis „18“ bezeichnet. Die Zahlen stehen für die Eingriffsschwere, wie sie sich aus der Tabelle 1 ergeben hat. In die Felder, auf denen die jeweiligen Spalten und Zeilen sich kreuzen, wird die Anzahl der Maßnahmen eingetragen, die der jeweiligen (beziehungsweise keiner) Subsidiaritätsklausel unterliegen und dabei die Punktzahl der jeweiligen Zeile erreichen. Gibt es beispielsweise in der Strafprozessordnung vier Maßnahmen, die der Klausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert“ (Spalte „III“) unterliegen und nach der Tabelle 1 eine Eingriffsschwere von zehn Punkten aufweisen (Zeile „10“), wird in das Feld III/10 die Anzahl vier eingetragen, dargestellt wie in der Tabelle 1 durch ausgefüllte Quadrate.

Aus dem Gesamtbild wird deutlich, wie viele Ermittlungsmaßnahmen mit welchen (beziehungsweise ohne) Subsidiaritätsklauseln und welcher Eingriffsschwere sich wie verteilen. Daraus lässt sich auch auf einen Blick die Konsistenz beziehungsweise Inkonsistenz des Systems erkennen: Gruppieren sich Maßnahmen mit kleiner Eingriffsschwere bei den Klauseln „0“ und „I“, die mit mittlerer Eingriffsschwere bei den Klauseln „II“ und „III“ und die mit großer Eingriffsschere bei den Klauseln „IV“ und „V“, ist das System konsistent. Weicht das Bild davon ab, ist das System je nach Abweichung leicht bis stark inkonsistent. Die nun folgende Anwendung der Methode und die Erläuterung der Ergebnisse lassen die Methode besser verstehen.

IV. Abgleichung der Eingriffsschwere mit Subsidiaritätsklauseln

1. Tabelle 2: Eingriffsschwere und Subsidiaritätsklauseln

Die Eingriffsschweren der einzelnen Maßnahmen, wie sie sich aus der Tabelle 1 ergeben haben, werden nun zusammen mit der jeweiligen Klausel, der die jeweilige Maßnahme in der Strafprozessordnung unterliegt, in die Tabelle 2 eingesetzt. Jede Maßnahme mit einer bestimmten Eingriffsschwere und einer bestimmten Klausel wird durch ein ausgefülltes Quadrat symbolisiert. Die Tabelle 2 veranschaulicht somit erstens: wie viele Maßnahmen, zweitens: einer bestimmten Eingriffsschwere, drittens: welcher Subsidiaritätsklausel unterliegen.

Tabelle 2

	Eingriffsschwere					
Sub.-Klausel	0	I	II	III	IV	V
6						
7						
8	■■■■					
9	■■■					
10	■■■■■■	■				
11	■■■		■			
12	■■■■■		■■	■		
13	■■	■	■■■	■■■■		■
14			■■	■■		
15	■■		■	■	■	■
16	■			■		
17						
18						

Legende:

0: Keine Klausel
I: Klausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert"
II: Klausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert"
III: Klausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert"
IV: Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos"
V: Klausel „aussichtslos"

Betrachtet man die Tabelle 2, kann man bereits auf den ersten Blick bestimmte Auffälligkeiten erkennen: Verfolgt man beispielsweise die Spalte „0“ von oben nach unten, erkennt man, dass es in der Strafprozessordnung Maßnahmen ohne Subsidiaritätsklausel gibt, die von einer kleinen bis zur einer großen Eingriffsschwere fast ihr gesamtes Spektrum abdecken. Das spricht deutlich gegen eine Konsistenz. Verfolgt man die Zeile „13“ von links nach rechts, erkennt man, dass Maßnahmen mit der Eingriffsschere von 13 Punkten entweder keiner oder einer von vier verschiedenen Subsidiaritätsklauseln unterliegen. Auch das spricht deutlich gegen eine Konsistenz.

Das Bild wird viel klarer, wenn man in der Tabelle die Bereiche unterlegt, die in der Logik des Systems konsistent sind. Inkonsistente Bereiche und Maßnahmen, die außerhalb dieser Bereiche liegen, werden schlagartig sichtbar. Das ist die Aufgabe der nächsten Tabelle.

2. Tabelle 3: Konsistenzfelder

Wie bei der Erklärung der Abgleichungsmethode bereits ausgeführt worden ist, müssten nach der Logik des Systems sich Maßnahmen mit kleiner Eingriffsschwere bei den Klauseln „0“ und „I“, die mit mittlerer Eingriffsschwere bei den Klauseln „II“ und „III“ und die mit großer Eingriffsschere bei den Klauseln „IV“ und „V“ gruppieren. In einem solchen Idealfall wäre das System vollkommen konsistent. Schaut man sich die Tabelle 2 im Hinblick auf solche Bereiche an, lassen sich drei „Konsistenzfelder“ erkennen. Sie werden in der Tabelle 3 schattiert und mit den Ziffern 1 bis 3 bezeichnet:

Tabelle 3

	Eingriffsschwere					
Sub.-Klausel	0	I	II	III	IV	V
6						
7						
8	■■■■	1				
9	■■■					
10	■■■■■■	■				
11	■■■		■			
12	■■■■■		■■	■ 2		
13	■■	■	■■■	■■■■		■
14			■■	■■		
15	■■		■	■	■	■ 3
16	■			■		
17						
18						

Legende:
0: Keine Klausel
I: Klausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert"
II: Klausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert"
III: Klausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert"
IV: Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos"
V: Klausel „aussichtslos"

V. Interpretation der Tabelle 3

Mit der Tabelle 3 ist die graphische Darstellung der Konsistenz des Systems von Subsidiaritätsklauseln abgeschlossen. Es gilt nun, die Tabelle zu interpretieren und die daraus gewonnenen Ergebnisse festzuhalten. Die Untersuchung interpretiert zunächst das sich bietende Gesamtbild (1.). Anschließend wendet sie sich den unterlegten Konsistenzfeldern zu (2). Im letzten Schritt erläutert sie die einzelnen Maßnahmen, die sich außerhalb dieser Felder im inkonsistenten Bereich befinden und versucht zu erklären, aus welchen Gründen sie sich dort befinden (3.).

1. Interpretation des Gesamtbilds

Aus dem Gesamtbild ist zunächst erkennbar, wo genau die Konsistenzfelder sich befinden. Bei welcher *Zeile* das jeweilige Konsistenzfeld beginnt und endet, welche Bandbreite an Eingriffsschwere die den jeweiligen Klauseln unterworfenen Maßnahmen somit haben, ist eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers. Diese Entscheidung ist hier nicht nachzuprüfen, sondern allein die Tatsache, ob sie im gesamten System von Subsidiaritätsklauseln einheitlich angewandt worden ist. Nur bei ihrer einheitlichen Anwendung wäre das System konsistent.

Die unterlegten Felder 1 und 2 sind gleichgroß und enthalten mit 17 (Feld 1) beziehungsweise 16 (Feld 2) auch fast die gleiche Anzahl von Maßnahmen.[769] Das Feld 3 ist mit lediglich zwei Maßnahmen sehr klein und kann nur mit viel gutem Willen als Feld bezeichnet werden. Das wird an dieser Stelle dennoch getan, da es von den Klauseln IV und V insgesamt nur drei gibt, es dadurch also zwangsläufig schwer ist, dass die beiden Klauseln sich gruppieren und ein Feld bilden. Die drei Felder bilden von links oben nach rechts unten Treppenstufen. Das entspricht dem bei Konsistenz erwarteten Bild, das vor der Tabelle 3 beschrieben worden ist. Lediglich die Überlappung der Felder 2 und 3 in Zeile 15 stört die Konsistenz im unterlegten Bereich der Tabelle. Die Überlappung deutet darauf hin, dass der Übergang von Feld 2 zu Feld 3 in diesem Bereich nicht klar trennbar ist, Maßnahmen mit einer Eingriffsschwere von 15 Punkten mithin den Klauseln des Feldes 2 wie auch des Feldes 3 zugeordnet werden könnten.

Das Gesamtbild zeigt weiterhin: Das System von Subsidiaritätsklauseln ist nicht konsistent. Die Inkonsistenz lässt sich im Gesamtbild an zwei Punkten festmachen:

Erstens: 14 von insgesamt 49 Maßnahmen befinden sich außerhalb der unterlegten Konsistenzfelder im Bereich der Inkonsistenz, also in einem Bereich, in dem sie angesichts ihrer Eingriffsschwere eigentlich nicht sein dürften. Die Aussage lässt noch weiter präzisieren: Von den 14 Maßnahmen im nicht unterlegten Bereich befinden sich 12 unterhalb der schattierten Felder, also in Zeilen, die einer

[769] An dieser Stelle wird daran erinnert, dass die Zahl der Maßnahmen in diesem Kapitel von den im 4. Kapitel B aufgelisteten abweicht, weil für der Untersuchung der Konsistenz die Maßnahmen teilweise in Varianten untergliedert werden mussten.

größeren Eingriffsschwere entsprechen. 12 Maßnahmen sind folglich eingriffsschwerer als sie es nach ihrer (soweit vorhandenen) Subsidiaritätsklausel sein dürften. Nur zwei Maßnahmen befinden sich über den schattierten Feldern und weisen somit eine geringere Eingriffsschwere auf, als es ihnen nach ihrer Subsidiaritätsklauseln zukäme. Die Inkonsistenz des Systems beruht also hauptsächlich auf fehlenden (strengeren) Subsidiaritätsklauseln. Die Aussage lässt sich auch hier noch weiter präzisieren: Die Maßnahmen außerhalb der unterlegten Konsistenzfelder treten massiv in der mit „0" überschriebenen Spalte auf. 10 der 14 Maßnahmen im nicht unterlegten Bereich befinden sich allein in dieser Spalte. Das bedeutet, dass ein Hauptgrund für die Inkonsistenz des Systems darin liegt, dass Maßnahmen keiner Subsidiaritätsklausel unterworfen sind, obwohl ihre Eingriffsschwere es erforderte.[770] [771]

Zweitens: Bei den mit 15 und 16 Punkten eingriffsschwersten Maßnahmen ergibt sich ein sehr inhomogenes Bild. Sie sind über die ganze Breite der Tabelle verschiedenen Klauseln und in drei Fällen auch keiner Klausel unterworfen. Es sind Maßnahmen betroffen, die sich in den unterlegten Konsistenzfeldern befinden wie auch solche außerhalb. Es fehlt an einer einheitlichen, konsistenten Behandelung dieser eingriffsschweren Maßnahmen.

Obwohl sich aus dem Gesamtbild auf Grund der eben genannten zwei Punkte keine Konsistenz im strengen Sinne ergibt, ergibt sich aus ihm umgekehrt auch nicht, dass das System von Subsidiaritätsklauseln schlichtweg inkonsistent ist: 35 von 49 Maßnahmen befinden sich in den schattierten Konsistenzfeldern. Die Absicht des Gesetzgebers, eingriffsschwerere Maßnahmen strengeren Klauseln zu unterwerfen, ist dadurch zumindest gut erkennbar.

2. Interpretation des konsistenten Bereichs

Nach der Interpretation des Gesamtbilds ist ein genauerer Blick auf die drei unterlegten Konsistenzfelder zu werfen. Hierbei werden nicht alle einzelnen Maßnahmen im jeweiligen Feld nacheinander erläutert. Aussagen zu den jeweiligen Einzelmaßnahmen sind hauptsächlich für den Bereich der Inkonsistenz interessant. Bei den unterlegten Konsistenzfeldern interessiert mehr ihre Gesamtbetrachtung und die daraus zu ziehenden Schlüsse:

Im Feld 1 liegen Maßnahmen mit einer Eingriffsschwere von 8 bis 11 Punkten. 16 Maßnahmen in dem Feld sind keiner und eine Maßnahme mit der Ein-

[770] An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass nur drei Maßnahmen, die sich auf die Generalklauseln §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO stützen, in die Untersuchung aufgenommen worden sind. Es ist daher nicht auszuschließen, dass sich die eine oder andere sich auf die Generalklauseln stützende Maßnahmen ebenfalls in der Spalte „0" unterhalb des schattierten Feldes 1 wiederfinden würde. An den Kernaussagen der Untersuchung wird dies – wie bereits erwähnt – nichts ändern.

[771] Es ist nochmals zu betonen, dass in diesem Kapitel nur die Konsistenz im Rahmen der vorgegebenen Logik des Systems untersucht wird. Es wird an dieser Stelle keine Aussage darüber getroffen, ob es tatsächlich sinnvoll wäre, all die genannten Maßnahmen einer Subsidiaritätsklausel zu unterwerfen.

griffschwere von zehn Punkten der ganz schwachen Klausel I „weniger erfolgversprechend oder erschwert“ unterworfen. Bei der einen ausdrücklich subsidiären Maßnahme handelt es sich um die Anfertigung von Bildaufnahmen vom Beschuldigten gemäß § 100h I Nr. 1 StPO. Die Klausel I kommt in dem Feld, in das sie aus systematischer Sicht hineingehört, nur einmal und im gesamten System von Subsidiaritätsklauseln nur zweimal vor.[772] [773] Von ihrer Eingriffsschwere her entspricht die Maßnahme mit der Klausel I den meisten Maßnahmen (6) ohne Klausel im Feld 1. Sowohl ihr lediglich einmaliges Vorkommen in diesem Feld als auch die Tatsache, dass die Maßnahme mit zehn Punkten die gleiche Eingriffsschwere wie die meisten Maßnahmen ohne Klausel im Feld 1 hat und diese Eingriffsschwere nicht einmal die höchste in diesem Feld ist, sprechen dafür, dass die Klausel im Gesamtsystem überflüssig ist.

Im Feld 2 befinden sich die Maßnahmen mit einer Eingriffsschere von 12 bis 15 Punkten. Das Feld enthält insgesamt 16 Maßnahmen, die sich bezüglich der einzelnen Eingriffschweren nahezu gleichmäßig auf die mittelstrengen Klausel II „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“ und Klausel III „aussichtslos oder wesentlich erschwert“ verteilen. Die gleichmäßige Verteilung auf die Klauseln II und III zwingt zwei Rückschlüsse auf. Erstens: Der Gesetzgeber konnte zwischen den beiden Klauseln wegen offensichtlich zu geringer Differenzierungsmöglichkeiten nicht trennscharf unterscheiden. Zweitens: Wenn man wegen fehlender Differenzierungsmöglichkeiten mittelschwere Eingriffsmaßnahmen nicht trennscharf zwei verschiedenen Klauseln zuordnen kann, ist es nicht sinnvoll, die Maßnahmen in diesem Bereich zwei verschiedenen Klauseln zu unterwerfen. Eine Klausel genügte. Für beide Erkenntnisse spricht auch, dass den Subsidiaritätsklauseln II und III die Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlich erschwert“ gemeinsam ist.

Die Interpretation des Feldes 3 ergibt Folgendes: Die Maßnahme IV/15 (akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO) weist die gleiche Eingriffsschwere wie die Maßnahme V/15 (Einsatz eines Verdeckten Ermittlers bei Verbrechen ohne Wiederholungsgefahr gemäß § 110a I 4 StPO) auf, ist jedoch einer milderen Klausel unterworfen.[774] Da das Feld 3 nur zwei Maßnahmen enthält, ist es auch hier nicht sinnvoll, sie zwei unterschiedlichen Klauseln zu unterwerfen. Dafür spricht inzwischen auch die geschichtliche Entwicklung des § 100c StPO: Als der Gesetzgeber 1998 die Möglichkeit der akustischen Wohnraumüberwachung in § 100c I Nr. 3 StPO a.F. schuf, wollte er die Maßnahme der strengsten Klausel der Strafprozessordnung unterstellen, um die „weitreichenden Eingriffe durch die akustische Wohnraumüberwachung in die Persönlichkeitsrechte“ auf

---

[772] Vgl. den Überblick im 4. Kapitel B.

[773] Die zweite Maßnahme mit der Klausel I befindet sich also zwangsläufig außerhalb des Feldes 1 im Bereich der Inkonsistenz und müsste in einem konsistenten System wegen ihrer Eingriffsschwere einer anderen Klausel unterworfen sein.

[774] Vgl. zur Rangfolge der Klauseln 6. Kapitel C I und II.

wenige Fälle zu begrenzen.[775] Das Urteil des BVerfG vom 03.03.2004 zur Verfassungsmäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung und das danach vom Gesetzgeber eingeführte rigide Beweiserhebungsverbot in § 100c IV StPO n.F. sowie die Pflicht zur unverzüglichen Unterbrechung der Maßnahme gemäß § 100c V 1 StPO n.F. haben die schwersten Eingriffe, nämlich die in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, jedoch so gut wie unmöglich gemacht. Was die Klausel nach dem gesetzgeberischen Willen vor allem minimieren sollte, ist heute also aus anderen Gründen so gut wie ausgeschlossen. Der ursprüngliche Grund für die strenge Klausel besteht in dieser Form daher nicht mehr. An der Klausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos" in § 100c StPO hat der Gesetzgeber dennoch festgehalten. Auf Grund des § 100c IV, V 1 StPO n.F. hätte er jedoch nun den Spielraum, die eingriffschwersten Maßnahmen einer gemeinsamen Subsidiaritätsklausel zu unterwerfen. Es wäre in der Logik des Systems, auch die sechs in den Zeilen 15 und 16 links vom schattierten Feld 3 versprengten Maßnahmen dieser Klausel zu unterstellen.[776]

Hinsichtlich der Anzahl der möglichen Subsidiaritätsklauseln lässt sich insgesamt feststellen: So wie der Gesetzgeber die Subsidiaritätsklauseln den einzelnen Maßnahmen tatsächlich zugeordnet hat, sind drei Klauseln überflüssig. Die Optionen „keine Klausel", „einfache Klausel" und „strenge Klausel" wären ausreichend. Der Differenzierungsgrad des aktuellen Systems von Subsidiaritätsklauseln ist für eine konsistente Anwendung in der Praxis zu hoch.

3. Interpretation des inkonsistenten Bereichs

Die Untersuchung befasst sich in diesem Abschnitt mit den 14 einzelnen Maßnahmen, die sich im Bereich der Inkonsistenz der Tabelle 3 befinden, also außerhalb der unterlegten Felder. Die Untersuchung listet zunächst die einzelnen Maßnahmen unter a) auf und versucht soweit es möglich ist unter b) bis f) zu erklären, weshalb sie sich im inkonsistenten Bereich befinden.

a) Bestandsaufnahme der Maßnahmen

Die 14 Maßnahmen werden nach den Einzelfeldern aufgelistet, in denen sie sich befinden:

---

[775] Siehe 3. Kapitel VIII 2 oder BT-Drucks 13/8651, S. 13.

[776] Bei den sechs Maßnahmen handelt es sich um die Postbeschlagnahme (§ 99 StPO), Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO), V-Mann (§§ 161, 163 StPO), Schleppnetzfahndung (§ 163d StPO), Rasterfahndung (§ 98a StPO) und Einsatz des Verdeckten Ermittlers bei Katalogtat oder Verbrechen mit Wiederholungsgefahr (§ 110a I 1 - 3 StPO). Auf einen Teil der Maßnahmen wird noch gleich zurückzukommen sein.

Einzelfeld 0/12:
- § 81 h StPO: DNA - Reihentest
- § 100i StPO: IMSI-Catcher
- § 103 I 1 StPO: Durchsuchung bei Dritten
- § 103 I 2 StPO: Durchsuchung von Gebäuden
- § 131a I, II StPO: nichtöffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung eines Beschuldigten oder Zeugen

Einzelfeld 0/13:
- § 81 StPO: Unterbringung zur Beobachtung
- § 100g I 1 Nr. 1 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei Katalogtat

Einzelfeld 0/15:
- § 99 StPO: Postbeschlagnahme
- §§ 161, 163 StPO: Einsatz eines V-Manns

Einzelfeld 0/16:
- § 163d StPO: Schleppnetzfahndung

Einzelfeld I/13:
- § 100h I 1 Nr. 2 StPO: Einsatz technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten

Einzelfeld II/11:
- § 100h II 2 Nr. 1 StPO: Bildaufnahmen von Dritten

Einzelfeld III/16
- § 100a StPO: Überwachung der Telekommunikation

Einzelfeld V/13
- § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels Telekommunikation begangenen Straftaten

b) Fehlende Klauseln aus rechtshistorischen Gründen

Drei der oben aufgezählten Eingriffsermächtigungen enthalten aus rechtshistorischen Gründen keine Subsidiaritätsklauseln. Wie das 3. Kapitel gezeigt hat, hat der Gesetzgeber die „klassischen" Ermittlungsmaßnahmen der Strafprozessordnung von 1877 nachträglich keiner Subsidiaritätsklausel unterstellt.[777] Er hat erst ab

[777] Lediglich die Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern gemäß §§ 94, 97 V StPO bildet eine sehr punktuelle Ausnahme.

1968 neue Ermittlungsmaßnahmen zum Teil Subsidiaritätsklauseln unterworfen.[778] Bei den drei Eingriffsermächtigungen handelt es sich um: die Unterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO),[779] die Durchsuchung bei Dritten (§ 103 I 1 StPO) und die Postbeschlagnahme (§ 99 StPO). Besonders bei der fehlenden Subsidiaritätsklausel für die Postbeschlagnahme ist ein starker Wertungswiderspruch zu der Subsidiaritätsklausel in § 100a StPO erkennbar: Muss die Ermittlungsbehörde zur Erforschung des Sachverhalts E-Mails lesen, ist die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO subsidiär. Muss die Ermittlungsbehörde zum gleichen Zwecke Briefe lesen, ist die Maßnahmen nach § 99 StPO nicht subsidiär. Dabei unterscheidet nur das Kommunikationsmedium die E-Mail (electronic mail) vom Brief. Das, was die Schwere des Eingriffs hauptsächlich ausmacht, ist bei beiden dagegen gleich: die Wahrnehmung des vertraulichen Inhalts.

c) Fehlende Klauseln aus rechtspolitischen Gründen

Zwei der oben aufgezählten Eingriffsermächtigungen sind hauptsächlich zur Bekämpfung des Terrorismus der RAF in die Strafprozessordnung eingefügt worden: die Durchsuchung von Gebäuden (§ 103 I 2 StPO) und die Schleppnetzfahndung (§ 163d StPO).[780] Den Gesetzesbegründungen lässt es sich zwar nicht entnehmen, warum die beiden Eingriffsermächtigungen keiner Subsidiaritätsklausel unterstellt worden sind. Von der Sache her liegen die Gründe jedoch auf der Hand: Nach dem „deutschen Herbst“ 1977 sollte nichts die Effektivität der Terrorismusbekämpfung einschränken. Der Gesetzgeber die Schleppnetzfahndung keiner Subsidiaritätsklausel unterworfen, weil die Maßnahme ihrer Natur nach am Anfang der Ermittlungen steht.[781]

Auch der Einsatz eines V-Manns nach den Generalklauseln §§ 161, 163 StPO (Einzelfeld 0/15) unterliegt keiner Subsidiaritätsklausel. Die Subsidiaritätsklausel fehlt, da eine Einzelermächtigung für den Einsatz des V-Manns aus rechtspolitischen Gründen fehlt. Der (rechtlich irrelevante) Grund für die fehlende Einzelermächtigung ist, dass die staatliche Kooperation mit kriminellen Personen aus dem Milieu nicht durch gesetzliche Einzelermächtigungen sichtbar werden soll.[782]

Der DNA-Reihentest nach § 81h StPO (Einzelfeld 0/12) ist wohl auch aus rechtspolitischen Gründen nicht ausdrücklich subsidiär. Vor der Einfügung des § 81h StPO forderten Stimmen in der Literatur ausdrücklich eine Subsidiaritätsklausel. Die Gesetzesbegründung machte zwar keine näheren Angaben, weswegen

[778] Bei der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung „Straftat von erheblicher Bedeutung“ ist der Gesetzgeber genauso vorgegangen, hat sie also nicht in die Eingriffsermächtigungen älterer Ermittlungsmaßnahmen eingefügt.
[779] Die Unterbringung zur Beobachtung ist zudem völlig alternativlos, was so gut erkennbar ist wie bei keiner anderen Ermittlungsmaßnahme.
[780] Vgl. 3. Kapitel IV 1 und V 1.
[781] *Rogall* NStZ 1986, 385 (389)
[782] Vgl. 3. Kapitel X 3 – Exkurs: V-Mann

die Maßnahme keiner Klausel unterstellt worden ist. Sie erwähnte aber schon fast beiläufig, dass durch den DNA-Reihentest konventionelle, unter Umständen auch mit Beeinträchtigungen einhergehende Ermittlungen bei sämtlichen Personen, die sich dem Reihentest zu unterziehen haben, vermieden werden.[783] Hierbei ist zu bedenken, dass der DNA-Reihentest zumeist bei begangenen Sexual- und Tötungsdelikten durchgeführt wird. Der Gesetzgeber wollte also offensichtlich vermeiden, dass im sozialen Umfeld einer Mehr- oder sogar Vielzahl von Personen wegen dieser Delikte ermittelt wird, mit all den Verunsicherungen, Zweifeln und Stigmatisierungen, die solche Ermittlungen für die Beteiligten und ihre Familien mit sich bringen. Neben rechtspolitischen Erwägungen dürfte hier auch der Schutz der Privatsphäre eine besondere Rolle gespielt haben.

d) Sonstige fehlende Klauseln

Die Eingriffsermächtigung für den IMSI-Catcher in § 100i StPO (Einzelfeld 0/12) hatte ursprünglich zwei Subsidiaritätsklauseln, die jedoch gestrichen worden sind. Von ihrer Eingriffsschwere her wären Subsidiaritätsklauseln berechtigt gewesen. Weswegen der Gesetzgeber die Subsidiaritätsklauseln gestrichen hat, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Möglicherweise war es die Kritik in der Literatur an einer der Klauseln.[784]

Die nichtöffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung eines Beschuldigten oder Zeugen nach § 131 I, II StPO (Einzelfeld 0/12) erreicht von ihrer Eingriffsschwere her 12 Punkte und überschreitet damit gerade die Grenze zu Maßnahmen, die nach der Wertung des Gesamtsystems ausdrücklich subsidiär sein sollten. Das hat seinen Grund vor allem darin, dass sie in der Tabelle 1 bei den Kriterien wie Erkennbarkeit und Dauer mit drei Punkten jeweils die Höchstzahl erreicht. Der Gesetzgeber hat alle nichtöffentlichen Fahndungsmaßnahmen nach § 131 ff. StPO als nicht ausdrücklich subsidiär ausgestaltet. Auf der Wertungsebene erscheint die ausdrückliche Subsidiarität auch nicht erforderlich zu sein.

Warum der Gesetzgeber die Erhebung von Verkehrsdaten bei Katalogtaten gemäß § 100g I 1 Nr. 1 StPO (Einzelfeld 0/13) keiner Subsidiaritätsklausel unterworfen hat, ist aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich. Das Fehlen einer Klausel steht in einem starken Widerspruch zu der nach dem Wortlaut strengsten Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“, die bei der Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten (§ 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO) zu beachten ist und der umfangreichen Berichtspflicht nach § 100g IV StPO.

e) Zu milde Klauseln

Die Eingriffsermächtigung für den Einsatz technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten gemäß § 100h I 1 Nr. 2 StPO (Einzelfeld I/13) enthält mit der

[783] BT-Drucks. 15/5674, S. 13

[784] Vgl. zum Ganzen 3. Kapitel XIII 2 und 3.

Klausel I „weniger erfolgversprechend oder erschwert" eine nach der hier angewandten Bewertungsmethode zu milde Klausel. Dieses Ergebnis bestätigt der Gesetzgeber im Grunde durch die Ausgestaltung des § 100h StPO selbst: Die Anfertigung von Bildern vom Beschuldigten (§ 100h I 1 Nr. 1 StPO) und der Einsatz technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten (§ 100h I 1 Nr. 2 StPO) unterliegen gleichermaßen der eben genannten Klausel I. In § 100h II StPO unterliegen dieselben Maßnahmen gegenüber Dritten dagegen zwei unterschiedlich strengen Klauseln. Die Anfertigung von Bildaufnahmen ist der Klausel II „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert" und der Einsatz technischer Observationsmittel der strengeren Klausel III „aussichtslos oder wesentlich erschwert" unterworfen. Trotz der verschiedenen Eingriffsschweren der beiden Maßnahmen hat der Gesetzgeber diesbezüglich in § 100h I StPO nicht differenziert.

Die Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO (Einzelfeld III/16) ist nach dem Ergebnis der Bewertung einer zu milden Klausel unterworfen. Seitdem § 100c IV, V 1 StPO n.F. bei der akustischen Wohnraumüberwachung Eingriffe in höchst-persönliche Lebenssachverhalte nahezu ausschließt, wird gerade die Telefonüberwachung die Maßnahme sein, bei der Eingriffe in höchstpersönliche Lebenssachverhalte am ehesten wahrscheinlich sein werden. Auf der Wertungsebene erscheint das Ergebnis der Untersuchung daher als stimmig.

f) Zu strenge Klauseln

Die Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten nach § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO (Einzelfeld V/13) unterliegt der gemäß dem Wortlaut strengsten Klausel „aussichtslos".[785] Das ist ein gesetzgeberischer Fehlgriff. Der Gesetzgeber wollte angesichts der mit der Vorratsdatenspeicherung nach § 113a TKG a.F. gestiegenen Eingriffsschwere die Erhebung der Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten nur in den Fällen zulassen, in denen sich die Ermittlungen durch alternative Maßnahmen nicht führen lassen.[786] Er ist dadurch jedoch über das Ziel hinausgeschossen: Der Gesetzgeber hat die Subsidiaritätsklausel „aussichtslos" hier vor allem als eine strenge Anordnungsvoraussetzung gesehen, dabei jedoch außer Acht gelassen, dass die Strenge der Klausel auch über die Rangfolge unter den Maßnahmen entscheidet. Durch die Verwendung der nach dem Wortlaut strengsten Klausel „aussichtslos" sind die Maßnahmen mit einer milderen Klausel beziehungsweise ohne Klausel – also nahezu alle – gegenüber der Erhebung der Verkehrsdaten nun vorrangig anzuwenden. Unter den anderen Maßnahmen sind jedoch viele, die eingriffsschwerer sind als die Erhebung von Verkehrsdaten. Die Erhebung von Verkehrs-

[785] Siehe 6. Kapitel C.
[786] Siehe 3 Kapitel XI 3 a.

daten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten nach § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO nimmt daher in der Rangfolge der Maßnahmen einen Platz ein, der ihr nicht zusteht. Dies gilt erst recht, nachdem das BVerfG durch Urteil vom 02.03.2010 § 100g I 1 StPO insoweit für nichtig erklärt hat, als nach der Norm auch gemäß § 113a TKG a.F. bevorratete Verkehrsdaten erhoben werden durften und diese Erhebung nun nicht mehr möglich ist.

Die Anfertigung von Bildaufnahmen von Dritten gemäß § 100h II 2 Nr. 1 StPO (Einzelfeld II/11) ist nach der hier verwendeten Methode überflüssigerweise einer Klausel unterworfen. Bei einer Eingriffsschwere von 11 Punkten wäre es auch vertretbar, sie keiner Subsidiaritätsklausel zu unterwerfen.[787]

[787] Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf sollte keine der Maßnahmen des heutigen § 100h I, II StPO einer Subsidiaritätsklausel unterstellt werden, siehe 3. Kapitel VI 4.

9. Kapitel: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

A. Zusammenfassung

2. Kapitel

Subsidiaritätsklauseln haben die Funktion, von Ermittlungsmaßnahmen ausgehende Grundrechtseingriffe zu minimieren. Sie sind unterschiedlich streng und begründen dadurch eine Rangordnung unter den Ermittlungsmaßnahmen. Aus der Rangordnung ergibt sich eine grundsätzliche Rangfolge für die Anwendung einzelner Maßnahmen, die gleiche Ermittlungsziele verfolgen. Typischerweise stärker belastende Ermittlungsmaßnahmen sind dabei subsidiär, also nur nachrangig anwendbar. Unter den von den Subsidiaritätsklauseln aufgestellten Bedingungen der Vorrangigkeit kann die subsidiäre Ermittlungsmaßnahme entgegen der grundsätzlichen Rangfolge auch vorrangig angewandt werden. Die Bedingungen der Vorrangigkeit sind erfolgs- und erschwernisorientiert: Die im Normalfall

zweigliedrigen Subsidiaritätsklauseln erlauben die vorrangige Anwendung der subsidiären Maßnahme, wenn die Wahrscheinlichkeit, den Sachverhalt zu erforschen oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln, ohne die subsidiäre Maßnahme in einem bestimmten Maße geringer oder der Weg dorthin in einem bestimmten Maße aufwändiger wäre. Die seltenen eingliedrigen Subsidiaritätsklauseln sind dagegen rein erfolgsorientiert und kennen keine Abstufungen. Sie erlauben die vorrangige Anwendung der subsidiären Ermittlungsmaßnahme nur für den Fall, dass die Erreichung der Ermittlungsziele anderenfalls „aussichtslos" wäre.

3. Kapitel
Der Gesetzgeber hat 1968 mit der Eingriffsermächtigung für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§ 100a StPO) die erste Subsidiaritätsklausel in die Strafprozessordnung eingefügt. Ab 1978 hat er angefangen, verstärkt neue Eingriffsermächtigungen in der Strafprozessordnung einzustellen. Die Notwendigkeit dazu ergab sich in kriminalistischer Hinsicht aus der Bekämpfung des Terrorismus in den 70er und 80er Jahren sowie der Organisierten Kriminalität – vor allem der Rauschgiftkriminalität – in den 90er Jahren. Die neuen Eingriffsermächtigungen sollten den Ermittlern effektivere Maßnahmen zur Verfügung stellen. In rechtlicher Hinsicht waren die neuen Eingriffsermächtigungen erforderlich, um dem Gesetzesvorbehalt zu genügen. Hierbei wirkte das „Volkszählungsurteil" des BVerfG vom 15.12.1983 geradezu katalytisch: Ab 1986 kodifizierte der Gesetzgeber zwanzig Jahre lang in einem bis dahin nicht gekannten Umfang strafprozessuale Eingriffsermächtigungen, um neue oder bereits praktizierte Ermittlungsmaßnahmen angesichts des im „Volkszählungsurteil" entwickelten Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung" auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen.

Bei diesem Kodifikationsprozess hat der Gesetzgeber ab 1992 in die neuen Eingriffsermächtigungen auch zahlreiche Subsidiaritätsklauseln unterschiedlichen Inhalts eingefügt. Die meisten Subsidiaritätsklauseln haben das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.07.1992 und das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 02.08.2000 geschaffen: acht und sieben.[788] Die Subsidiaritätsklauseln erklären vor allem solche Maßnahmen für subsidiär, die für die Zielperson oder für Unverdächtige eingriffsintensiv sind oder solche, die Unverdächtige in großer Zahl belasten. Zum 01.01.2008 hat der Gesetzgeber auch drei Subsidiaritätsklauseln aus der Strafprozessordnung gestrichen: Es handelt sich um eine Klausel in der aufgehobenen Eingriffsermächtigung für die Zielwahlsuche (§ 100g II StPO a.F.) und um zwei Klauseln in der belassenen Eingriffsermächtigung für den IMSI-Catcher (§ 100i II StPO).

[788] Dabei galt die vom OrgKG 1992 geschaffene Subsidiaritätsklausel in § 100c II 3 StPO a.F. für zwei ganz verschiedene Maßnahmen und könnte daher auch doppelt gezählt werden.

4. Kapitel
Die Strafprozessordnung enthält aktuell folgende 23 Eingriffsermächtigungen mit und 20 ohne Subsidiaritätsklauseln:

0. Keine Subsidiaritätsklausel
- § 81 StPO: Unterbringung zur Beobachtung
- § 81a StPO: körperliche Untersuchung des Beschuldigten
- § 81b StPO: erkennungsdienstliche Behandlung
- § 81c StPO: körperliche Untersuchung Dritter
- § 81e StPO: DNA-Analyse
- § 81g StPO: DNA-Analyse für zukünftige Strafverfahren
- § 81h StPO: DNA-Reihentest
- § 94 StPO: Beschlagnahme
- 98c StPO: Datenabgleich
- § 99 StPO: Postbeschlagnahme
- 100g I 1 Nr. 1 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei Verdacht einer Katalogtat
- § 100i StPO: IMSI-Catcher
- § 102 StPO: Durchsuchung beim Beschuldigten
- § 103 StPO: Durchsuchung bei Dritten
- § 111 StPO: Einrichtung von Kontrollstellen
- § 131 I, II StPO: nichtöffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten
- § 131a I, II StPO: nichtöffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung des Beschuldigten oder Zeugen
- §§ 161 I 1, 163 I 2 StPO: Ermittlungsmaßnahmen auf Grund der Generalklauseln
- §§ 163b, 163c StPO: Identitätsfeststellung[789]
- § 163d StPO: Schleppnetzfahndung

1. Subsidiaritätsklausel „weniger erfolgversprechend oder erschwert“
- § 100h I 1 Nr. 1 StPO: Bildaufnahmen vom Beschuldigten
- § 100h I 1 Nr. 2 StPO: Einsatz sonstiger technischer Observationsmittel gegen den Beschuldigten

2. Subsidiaritätsklausel „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“
- § 98a I 2 StPO: Rasterfahndung
- § 100h II 2 Nr. 1 StPO: Bildaufnahmen von Dritten
- § 131 III 1 StPO: öffentliche Fahndung zur Festnahme des Beschuldigten

[789] § 163b I StPO enthält allerdings eine kleinräumige Subsidiaritätsklausel, die nicht Teil des hier zu behandelnden Systems von Subsidiaritätsklauseln ist, vgl. Fn. 80.

- § 131a III StPO: öffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung des Beschuldigten oder Zeugen
- § 131b I StPO: Veröffentlichung von Abbildungen des Beschuldigten zur Aufklärung einer Straftat
- § 163e I 2 StPO: Ausschreibung des Beschuldigten zur polizeilichen Beobachtung
- § 163e I 3 StPO: Ausschreibung Dritter zur polizeilichen Beobachtung
- § 163f I 1 StPO: längerfristige Observation des Beschuldigten
- § 163f I 2 StPO: längerfristige Observation Dritter

3. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos oder wesentlich erschwert“
- § 97 V 2 Hs. 2 StPO: Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern
- § 100a I Nr. 3 StPO: Überwachung der Telekommunikation
- § 100f I StPO: akustische Überwachung des Beschuldigten außerhalb der Wohnung
- § 100f II 2 StPO: akustische Überwachung Dritter außerhalb der Wohnung
- § 100g II 2 StPO: Funkzellenabfrage
- § 100h II 2 Nr. 2 StPO: Einsatz sonstiger technischer Observationsmittel gegen Dritte
- § 110a I 3 StPO: Einsatz eines Verdeckten Ermittlers bei einer Katalogtat oder bei Verbrechen mit bestehender Wiederholungsgefahr
- § 131a IV 2 StPO: öffentliche Fahndung zur Aufenthaltsermittlung eines Zeugen mit Veröffentlichung seiner Abbildung
- § 131b II StPO: Veröffentlichung von Abbildungen des Zeugen zur Aufklärung einer Straftat

4. Subsidiaritätsklausel „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“
- § 100c I Nr. 4 StPO: akustische Wohnraumüberwachung

5. Subsidiaritätsklausel „aussichtslos“
- § 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO: Erhebung von Verkehrsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten
- § 110a I 4 StPO: Einsatz eines Verdeckten Ermittlers bei Verbrechen ohne Wiederholungsgefahr

In seiner „Hörfallen-Entscheidung“ BGHSt 42, 139 hat auch der Große Senat eine Subsidiaritätsklausel in die Rechtsprechung eingeführt: Verheimlicht eine Person, dass sie für die Ermittlungsbehörde arbeitet und horcht den Beschuldigten zur Tat aus, ist dies nur zulässig, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Das Urteil des EGMR „Allan gegen Großbritannien“ scheint

durch die Ausdehnung des nemo-tenetur-Prinzips auf staatlich veranlasste, täuschungsbedingte Selbstbelastungen außerhalb förmlicher Vernehmungen der „Hörfallen-Entscheidung“ den Boden entzogen zu haben. Die Entscheidung des EGMR ist jedoch widersprüchlich. Der EGMR hat sie in späteren Entscheidungen auch nicht fortentwickelt. Der BGH hat auf die „Allan-Entscheidung“ zum Teil reagiert, wartet mit der Aufgabe der „Hörfallen-Entscheidung“ jedoch zu. Ihre Aufgabe und damit die Aufgabe der dort eingeführten Subsidiaritätsklausel ist mittelfristig jedoch vorgezeichnet.

5. Kapitel
Die Subsidiaritätsklauseln gestalten die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne in keinem ihrer Merkmale aus. Sie sind ein vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unabhängiges Mittel der normativen Selbstrestriktion. Sie stellen an staatliches Handeln zusätzliche Anforderungen auf, die neben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit treten.

6. Kapitel
Der Bezugspunkt der Subsidiaritätsklauseln sind die Ermittlungsziele „Erforschung des Sachverhalts“ und „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“. Die „Erforschung des Sachverhalts“ entspricht § 160 StPO und ist begrifflich gut abgrenzbar. In einzelnen Subsidiaritätsklauseln ist der Gesetzgeber rein sprachlich und nicht inhaltlich von diesem Bezugspunkt abgewichen. Bei dem Bezugspunkt „Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten“ muss dagegen von Maßnahme zu Maßnahme ausgelegt werden, was mit „Aufenthaltsort des Beschuldigten“ gemeint ist. Soll der Beschuldigte mit Hilfe der Maßnahme vorläufig festgenommen, verhaftet oder nur ergriffen werden, um an ihm selbst eine Ermittlungsmaßnahme durchzuführen, ist unter „Aufenthaltsort des Beschuldigten“ auch die konkrete Stelle seines lediglich augenblicklichen Verweilens zu verstehen. Von dem Bezugspunkt ist der Gesetzgeber in Einzelfällen inhaltlich abgewichen, indem er den Kreis der gesuchten Personen auf Zeugen ausgedehnt oder auf Mitbeschuldigte beschränkt hat.

Subsidiäre Maßnahmen sind nur dann zulässig, wenn die Ermittlungsziele „auf andere Weise“ nicht erreicht werden könnten. Subsidiäre Maßnahmen konkurrieren bei ihrer Zulässigkeit daher mit alternativen Maßnahmen. Bei diesen handelt es sich um normierte strafprozessuale Maßnahmen, die im konkreten Fall auch zulässig sind. Zu den alternativen Maßnahmen zählen ferner nur solche, die das gleiche Ziel wie die subsidiäre Maßnahme verfolgen. Das gleiche Ziel verfolgen sie dann, wenn sie wie die subsidiäre Maßnahme in der Lage sind, den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln oder den Teil des Sachverhalts zu erforschen, den die subsidiäre Maßnahme von ihrer Art erforschen kann und nach dem Willen der Ermittlungsbehörde erforschen soll.

Die Bedingungen der Vorrangigkeit beziehen sich zum einen auf den Ermittlungserfolg, das heißt auf die geringere Möglichkeit, allein mit alternativen Maßnahmen die Ermittlungsziele zu erreichen. Zum anderen beziehen sei sich auf die Erschwernis, die Ermittlungsziele allein mit den alternativen Maßnahmen zu erreichen. Die Erschwernis kann durch einen höheren Zeit-, Personal- oder Kostenaufwand entstehen. Die Bedingungen der Vorrangigkeit sind unterschiedlich stark bestimmt: Die Bedingungen „weniger erfolgversprechend“ und „aussichtslos“ stellen den geringsten beziehungsweise höchsten Grad der Erfolgsminderung dar, die Bedingung „erschwert“ den geringsten Grad der „Erschwernis“. Die drei Begriffe weisen keine Interpretationsbandbreite auf und sind sofort subsumptionsfähig. Anders verhält es sich dagegen bei den unterbestimmten Bedingungen der Vorrangigkeit „erheblich weniger erfolgversprechend“, „wesentlich erschwert“ und „unverhältnismäßig erschwert“.

Der Rechtsanwender hat bei der Frage, ob die Bedingungen der Vorrangigkeit einer Subsidiaritätsklausel erfüllt sind, einen Beurteilungsspielraum. Der Beurteilungsspielraum ergibt sich aus der subjektiv-teleologischen Auslegung des Gesetzes und aus der Natur der vom Gesetz abverlangten Prognoseentscheidung.

Nach ihrem Wortlaut haben die Subsidiaritätsklauseln folgende Rangfolge von „weit“ („mild“) zu „eng“ („streng“):

1. „weniger erfolgversprechend oder erschwert“
2. „erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“
3. „aussichtslos oder wesentlich erschwert“
4. „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“
5. „aussichtslos“

Die akustische Wohnraumüberwachung ist nach dem Willen des Gesetzgebers die Ultima-ratio-Maßnahme, die Subsidiaritätsklausel in ihrer Eingriffsermächtigung § 100c StPO („unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“) nach dem Wortlaut allerdings nicht die Ultima-ratio-Klausel.

7. Kapitel

Bei Ermittlungsmaßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen und gleichstrengen Subsidiaritätsklauseln unterworfen sind, ist die im konkreten Einzelfall mildere Maßnahme nach der grundsätzlichen, allerdings überwindbaren Rangfolge vorrangig anzuwenden. Sind Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, verschiedenstrengen Subsidiaritätsklauseln unterworfen, ist auch die Maßnahme mit der strengen oder überhaupt mit einer Subsidiaritätsklausel nach der grundsätzlichen Rangfolge vorrangig anzuwenden, wenn sie den Adressaten im konkreten Einzelfall weniger belastet. Dies folgt aus einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung im Wege der „teleologischen Reduktion“ der Subsidiaritätsklauseln. Mehrere subsidiäre Maßnahmen, die das gleiche Ziel verfolgen, dürfen auch von Anfang an zeit-

gleich angeordnet, die grundsätzliche Rangfolge also mehrfach überwunden werden, wenn die Ermittlungen ansonsten gemäß den Bedingungen der Vorrangigkeit der Maßnahmen in einem bestimmten Maße erschwert oder weniger erfolgversprechend wären.

8. Kapitel
Das System von Subsidiaritätsklauseln ist nicht konsistent, das heißt in sich nicht widerspruchsfrei und lückenlos. Die Inkonsistenz äußert sich hauptsächlich in zwei Punkten: Erstens enthalten einige Eingriffsermächtigungen trotz einer entsprechenden Eingriffsschwere aus verschiedenen Gründen keine Subsidiaritätsklausel. Zweitens hat der Gesetzgeber die eingriffsschwersten Maßnahmen der Strafprozessordnung in Bezug auf Subsidiaritätsklauseln zu uneinheitlich behandelt. Trotz einer fehlenden Konsistenz im strengen Sinne ist der Wille des Gesetzgebers, die Ermittlungsmaßnahmen abgestuft nach ihrer Eingriffsschwere zur Anwendung kommen zu lassen, im System dennoch gut erkennbar. Im Übrigen zeigt sich, dass das System mit seinen fünf verschiedenen Subsidiaritätsklauseln und der Option „keine Klausel“ einen zu hohen Differenzierungsgrad aufweist. So wie der Gesetzgeber die Subsidiaritätsklauseln den einzelnen Eingriffsermächtigungen tatsächlich zugeordnet hat, könnten drei der fünf Klauselarten gestrichen werden. Die Optionen „keine Klausel“ und zwei verschiedene Klauselarten wären ausreichend.

B. Schlussfolgerungen

Am Anfang war die gute Absicht, am Ende ein komplexes, unpraktikables normatives Dickicht. Beschäftigt man sich ausführlicher mit Subsidiaritätsklauseln, ist es nicht möglich, ihnen etwas wirklich substanziell Positives abzugewinnen.

I. Nutzlosigkeit der schwierigen Rechtsgewinnung

Dies beginnt mit ihrer gänzlich fehlenden Praktikabilität. Es müssen drei Stufen bewältigt werden, um überhaupt die grundsätzliche Rangfolge unter den Maßnahmen festzulegen:

Die Klauseln schaffen Subsidiaritäten nur zwischen Maßnahmen, die dasselbe Ziel verfolgen. Bevor der Rechtsanwender über die Frage der subsidiären Anwendung von Maßnahmen entscheiden kann, muss er zwangsläufig zuerst den in Frage kommenden Maßnahmen Ziele zuordnen und darüber befinden, ob es dieselben oder verschiedene sind. Bereits dieser erste Schritt kann zu nicht unerheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

Im zweiten Schritt gilt es, unter den subsidiären und nicht subsidiären Maßnahmen mit demselben Ziel zu untersuchen, welche grundsätzliche Rangfolge unter ihnen herrscht. Für die Rangfolge unter mehreren subsidiären Maßnahmen

ist der Bedeutungsgehalt der Subsidiaritätsklauseln, insbesondere ihre Bedingungen der Vorrangigkeit, entscheidend, da die unterschiedliche Strenge der Subsidiaritätsklauseln die grundsätzliche Rangfolge unter den Maßnahmen festlegt. Doch der Bedeutungsgehalt der einzelnen Klauseln lässt sich nicht einfach der jeweiligen Eingriffsermächtigung entnehmen; vielmehr müssen die einzelnen Typen der Subsidiaritätsklauseln, die über die Strafprozessordnung verstreut sind, miteinander in Beziehung gesetzt werden, um Abstufungen offenzulegen, Rückschlüsse auf den Bedeutungsgehalt zu ziehen und letztendlich die Rangfolge zu bestimmen.

Allerdings ist die so festgestellte Rangfolge unter den Maßnahmen nicht von definitivem Bestand: Das System von Subsidiaritätsklauseln folgt einer typisierenden Betrachtung und ist gemessen an seinem eigenen Anspruch löchrig und inkonsistent. Im dritten Schritt muss deswegen oft die „teleologische Reduktion" die im konkreten Einzelfall mildere Ermittlungsmaßnahme suchen und sie zur grundsätzlich vorrangigen bestimmen.

Schon die grundsätzliche Rangfolge unter den Maßnahmen zu gewinnen, ist also alles andere als einfach und berechenbar. Doch so groß der Aufwand ist, den die Gewinnung der Rangfolge dem Rechtsanwender in der Theorie abverlangt, so gering ist der sich daraus ergebende Schutz für den Adressaten der Maßnahmen in der Praxis. Vorschriftsmäßig gehandhabt bedeuten die Subsidiaritätsklauseln zwar einen hohen Arbeitsaufwand, stellen jedoch keine ernsthafte materielle Hürde für die Zulässigkeit subsidiärer Maßnahmen dar, denn die grundsätzliche Rangfolge der Maßnahmen kann sehr leicht überwunden werden. Das ergibt sich aus der Kombination von drei Faktoren:

Erstens erleichtern viele der subsidiären Maßnahmen durch ihre technische Überlegenheit die Ermittlungen enorm. Die Bedingungen der Vorrangigkeit werden in den allermeisten Fällen schon deswegen erfüllt sein. *Hassemer* hat bereits frühzeitig und richtig erkannt, durch die technische Überlegenheit vieler subsidiärer Maßnahmen sei ihre Anwendung vorentschieden.[790]

Zweitens haben Bedingungen der Vorrangigkeit wie „erheblich weniger erfolgversprechend", „wesentlich erschwert" und „unverhältnismäßig erschwert" eine Interpretationsbandbreite, die dem Rechtsanwender einen Spielraum lässt, wie die einzelnen Begriffe auszulegen sind. Sie bieten keine trennscharfen, griffigen, die Rechtsanwendung streng begrenzenden Definitionen. Sie bleiben mit ihrer Interpretationsbandbreite eher schwammige Richtungshinweise als konkrete Gesetzesbefehle. Dabei enthalten allein 18 von insgesamt 23 gezählten Subsidiaritätsklauseln die Bedingung der Vorrangigkeit „wesentlichen erschwert".

Drittens hat der Rechtsanwender nach der im Ergebnis richtigen Rechtsprechung des BGH noch zusätzlich einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob die Bedingungen der Vorrangigkeit einer Subsidiaritätsklausel erfüllt

[790] KJ 1992, 64 (67f.)

sind, wobei sich der Beurteilungsspielraum ohnehin auf zukünftige, naturgemäß nicht definitiv voraussagbare und überprüfbare Ereignisse bezieht.

Schafft es ein Rechtsanwender unter diesen Gegebenheiten nicht, die Bedingungen der Vorrangigkeit als erfüllt anzusehen, muss er im Grunde sofort stutzig werden und sich allen Ernstes in umgekehrter Richtung fragen, wozu die subsidiäre Maßnahme in seinem Verfahren überhaupt benötigt werde.

II. Konzeptionelle Mängel des Systems von Subsidiaritätsklauseln

Als größter konzeptioneller Fehler des Systems muss die Idee schlechthin bezeichnet werden, ein so geschaffenes System könne funktionieren und eine Feinsteuerung der Ermittlungen bewirken: Angesichts der Vielzahl der strafprozessualen Eingriffsermächtigungen, in denen noch vielfach zwischen dem Beschuldigten und Nichtbeschuldigten als Adressaten und einzelnen Varianten unterschieden wird und angesichts der beschriebenen Schwierigkeiten der Rechtsgewinnung, ist das System viel zu komplex und undurchschaubar, um eine Feinsteuerung für alle möglichen Sachverhaltskonstellationen bewirken zu können. Das gilt vor allem für sehr umfangreiche Ermittlungsverfahren, in denen viele Maßnahmen gleichzeitig, aber auch zu verschiedenen Zeitpunkten durchzuführen sind. Wollte der Rechtsanwender die Subsidiaritätsklauseln aller zu prüfenden Maßnahmen zu allen Zeitpunkten schulbuchmäßig subsumieren, stieße er bald auf intellektuelle Grenzen sowie Grenzen der Darstellbarkeit. Der Gesetzgeber hatte die Komplexität des Systems ursprünglich natürlich nicht beabsichtigt, sie im Laufe der Zeit durch immer neue Eingriffsermächtigungen mit immer neuen Subsidiaritätsklauseln jedoch zugelassen. Das System in seiner jetzigen Form nicht ganz ernst zu nehmen, wird für den Rechtsanwender zwangsläufig zur Überlebensstrategie im Alltag.

Zu weiteren konzeptionellen Fehlern zählt der Grund, warum die Subsidiaritätsklauseln technischer Maßnahmen schon fast zwangsläufig leerlaufen: Der Gesetzgeber hat zwar nicht ausschließlich, jedoch schwerpunktmäßig technische Maßnahmen wegen ihrer Effektivität und der damit einhergehenden Eingriffsschwere sowie wegen der hohen Zahl betroffener Nichtbeschuldigter Subsidiaritätsklauseln unterworfen. Er hat aber inkonsequenterweise gerade die Eigentümlichkeit der technischen Maßnahmen zu der Bedingung gemacht, unter der sie vorrangig angewandt werden dürfen: die wesentliche Erleichterung der Ermittlungen. Die Spezifika der technischen Maßnahmen sind also der Grund für ihre Subsidiarität und gleichzeitig die Möglichkeit, die Subsidiarität zu überwinden. Diesen gesetzlichen „Webfehler“ besaß bereits 1968 die erste Subsidiaritätsklausel in § 100a StPO.

Ferner zählt ein fehlendes, stringentes Gesamtkonzept, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber Subsidiaritätsklauseln einfügen soll, zu den konzeptionellen Mängeln des Systems: Anfangs, bei der Verabschiedung des OrgKG 1992, bestand die Konzeption des Gesetzgebers darin, die „neuen“ technischen und geheimen

Maßnahmen mit einer oft hohen Zahl betroffener Nichtbeschuldigter einer Subsidiaritätsklausel zu unterwerfen. Ihnen schrieb der Gesetzgeber eine besondere Eingriffsschwere zu. Doch schon damals war das Konzept nicht völlig stringent: Der Verdeckte Ermittler (§ 110a StPO) zählt nicht zu solchen Maßnahmen. Später hat der Gesetzgeber auch weitere Maßnahmen Subsidiaritätsklauseln unterworfen, die nicht in das ursprüngliche Konzept passen. Das gilt für die längerfristige Observation ohne technische Mittel nach § 163f StPO und vor allem für die Beschlagnahme bei Medienmitarbeitern gemäß §§ 94, 97 V StPO. Ein neues Konzept, nach dem alle eingriffsschwere Maßnahmen – ganz unabhängig davon ob technisch oder nicht – Subsidiaritätsklauseln zu unterstellen wären, hat der Gesetzgeber nicht eingeführt. Insbesondere Eingriffsermächtigungen älterer eingriffsschwerer Maßnahmen enthalten daher keine Subsidiaritätsklauseln. Ein in dieser Weise stringentes Konzept würde das System natürlich nochmals ausdehnen und seine Funktionalität weiter beeinträchtigen.

Ein stringentes Gesamtkonzept fehlt dem Gesetzgeber aber auch bei der Beantwortung der Frage, wann es verantwortbar wäre, Subsidiaritätsklauseln trotz der Eingriffsschwere der jeweiligen Maßnahme wegzulassen. Verfolgt man die Gesetzgebung über die einzelnen Legislaturperioden hinweg, stellt man fest, dass der Gesetzgeber sich nicht immer im Klaren darüber gewesen ist, ob er Maßnahmen Subsidiaritätsklauseln unterwerfen soll oder nicht. Dies betraf nicht nur die Frage, ob eine Maßnahme so eingriffsschwer sei, dass sie subsidiär sein sollte. Die Beispiele sind lehrreich, weil die Unsicherheit des Gesetzgebers die nach wie vor offenen Sinnfragen der Kodifizierung von Subsidiaritätsklauseln widerspiegelt:

Erstens war sich der Gesetzgeber nicht immer sicher, was zu tun sei, wenn eine Klausel aus unterschiedlichen Gründen in der Praxis fast immer leerlaufen werde. Eine Klausel kann leerlaufen, weil nur die subsidiäre Maßnahme in der Lage ist, einen ganz speziellen Ermittlungsansatz zu verfolgen und deswegen in bestimmten Sachverhaltskonstellationen regelmäßig angeordnet werden *muss*. Die Erhebung von Verbindungsdaten bei mittels der Telekommunikation begangenen Straftaten hat der Gesetzgeber beispielsweise eben mit dieser Begründung zunächst keiner Klausel unterworfen (§ 100g I Alt. 2 StPO a.F.), später trotz dessen aber doch (§ 100g I 1 Nr. 2, 2 StPO n.F.).[791] Er hat auch bestimmte computergestützte Maßnahmen, die typischerweise am Anfang der Ermittlungen stehen und aus einer großen Masse von Personen erst nur Verdächtige herausfiltern sollen, so dass sie in entsprechenden Sachverhaltskonstellationen regelmäßig angeordnet werden müssen, nicht einheitlich behandelt: Die Schleppnetzfahndung nach § 163d StPO ist nicht subsidiär, die Rasterfahndung gemäß § 98a StPO schon. Klauseln können auch leerlaufen, weil die subsidiäre Maßnahme typischerweise schnell angeordnet werden muss, sofern sie Erfolg haben soll. Im Gesetzgebungsverfahren zum § 131 StPO n.F. ist kontrovers diskutiert worden, ob die Aus-

[791] Siehe 3. Kapitel XI 2 a) und 3 a).

schreibung zur Festnahme des Beschuldigten im Wege der Eilanordnung nach § 131 II StPO n.F. für den Fall der Öffentlichkeitsfahndung subsidiär sein soll: Drohe der flüchtige Beschuldigte sich abzusetzen, verbleibe für alternative Maßnahmen zur Ermittlung seines Aufenthalts regelmäßig nicht genügend Zeit. Der Gesetzgeber hat sich letztlich dafür entschieden, auch die Öffentlichkeitsfahndung im Wege der Eilanordnung subsidiär auszugestalten (§ 131 III StPO n.F.), mit der Folge, dass die Subsidiaritätsklausel regelmäßig leerlaufen wird.[792] Bei der ebenfalls eilbedürftigen Durchsuchung von Wohnungen ganzer Gebäude (nach flüchtenden Gewalttätern) gemäß § 103 I 2 StPO hat er genau umgekehrt entschieden und keine Subsidiaritätsklausel eingefügt.

Die Unsicherheit des Gesetzgebers, ob Subsidiaritätsklauseln weggelassen werden können, spürt man nicht nur beim drohenden Leerlauf der Klauseln, sondern auch bei folgender Frage: Soll eine Subsidiaritätsklausel eingefügt werden, wenn die Maßnahme schon rein faktisch so aufwändig ist, dass die Ermittlungsbehörde zu ihr ohnehin nur greifen wird, wenn es anders nicht geht? Die Begründung zum Entwurf des OrgKG 1992 setzte sich bei der Eingriffsermächtigung für den Einsatz des Verdeckten Ermittlers eben mit dieser Frage kurz auseinander.[793] Insgesamt hat sich der Gesetzgeber jedoch nach dem Motto „es schadet ja nichts" mehrheitlich dazu entschlossen, Subsidiaritätsklauseln einzufügen, auch wenn sie im Zweifel unnütz sind: entweder unnütz, weil sie regelmäßig leerlaufen, oder unnütz, weil sie eine Subsidiarität kodifizieren, die faktisch ohnehin besteht.

III. Nutzen des Systems von Subsidiaritätsklauseln?

Nachdem die Mängel des Systems von Subsidiaritätsklauseln beschrieben worden sind, stellt sich die Frage, ob das System auch einen Nutzen hat. Es lässt sich nur ein einziger Aspekt anführen, der jedoch nicht überzeugt: Subsidiaritätsklauseln haben einen Appellcharakter und mahnen den Rechtsanwender, nach Möglichkeit weniger belastende Maßnahmen zu ergreifen.[794] Den Appellcharakter kann man Subsidiaritätsklauseln ohne Frage zuschreiben, doch wie hoch ist der Aufwand für den bloßen Appell! Es ist selbstredend viel zu ineffektiv, ein umfangreiches und kompliziertes System von Subsidiaritätsklauseln zu schaffen, um nur eine Appellwirkung zu erzielen. Außerdem schmälert die inflationäre Anzahl der Subsidiaritätsklauseln sogar diesen kleinen Effekt.

Die Bilanz des Systems von Subsidiaritätsklauseln fällt ohne Übertreibung verheerend aus: Der Rechtsanwender muss großen, jedoch weitgehend unnützen Aufwand betreiben; der Adressat der Ermittlungsmaßnahme hat keinen besseren

---

[792] Das ergibt sich im Grunde schon zwingend aus dem Wortlaut des § 131 II, III StPO n.F.: Die Bedingung für den Erlass der Eilanordnung (Gefährdung des Fahndungserfolgs) gleicht der Bedingung für die Überwindung der Subsidiarität.

[793] Siehe oben 3. Kapitel VI 6 oder BT-Drucks. 12/989, S. 41. Zum großen Aufwand beim Einsatz des Verdeckten Ermittlers siehe *Hilger*, FS Hanack, S. 208f.

[794] Vgl. *Murmann*, in: Handbuch zum Strafverfahren (2008), III. Kap. Rn. 26.

Schutz. Die Strafprozessordnung quellen symbolische Formulierungen auf, durch die sie immer weniger lesbar und funktional wird.

IV. Schlussfolgerungen für die Zukunft

Richtet man den Blick nach vorne, stellt sich die Frage: Was ist zu tun? Das System von Subsidiaritätsklauseln ist inkonsistent und hat die genannten konzeptionellen Mängel, von denen der größte ist, dass es auf Grund seiner Komplexität die vorgesehene Steuerungsfunktion gar nicht ausüben kann. Es sollte deswegen in seiner jetzigen Form auf keinen Fall bestehen bleiben. Das System sollte entweder auf ganz wenige, nicht mehr als fünf, eingriffsschwersten Maßnahmen begrenzt oder ganz abgeschafft werden. Wegen der Möglichkeit, die Subsidiarität in den meisten Fällen leicht zu überwinden, wäre es konsequenter, das System von Subsidiaritätsklauseln ganz abzuschaffen.

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert/Püttner, Günter, Würtenberger, Thomas, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. (2000), zitiert: Sachbearbeiter, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger[3], Bd. 2 (2000), Kapitel … Rn.

Alternativkommentar, Kommentar zur Strafprozessordnung, 1. Aufl., zitiert: Sachbearbeiter, in: AK, Band (Erscheinungsjahr des Bandes), § … Rn.

Bach, Florian, Der Verdacht im Strafverfahren – abstrakt –, Jura 2007, 12

Backes, Otto/Gusy, Christoph, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? Eine empirische Untersuchung zum Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung, 2003, zitiert: Backes/Gusy, S.

Baldus, Manfred, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen, JZ 2008, 218

Bernsmann, Klaus, Anmerkungen zum BGH, Urteil vom 16.02.1995, NStZ 1995, 512

Bernsmann, Klaus/Jansen, Kirsten, Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – Ein systematischer Überblick, StV 1998, 217

Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattsammlung, zitiert: Sachbearbeiter, in: BK (Lfg. nach Nummer und Datum), Art. … Rn.

Breidenbach, W., Aus der täglichen Arbeit des Standesbeamten, StAZ 1959, 296

Brodersen, Kilian, Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, NJW 2000, 2536

Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, zitiert: Brüning, S.

Caesar, Peter, Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität

– eine unendliche Geschichte?, ZRP 1991, 241

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, zitiert: Canaris, Feststellung von Lücken, S.

DAV, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) zum „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)“, StV 1992, 29

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, 24. Aufl. 2008, zitiert: Degenhart[24] (2008), Rn.

Derksen, Roland, Anmerkungen zum BGH, Beschluss vom 13.05.1996, JR 1996,167

Dittrich, Joachim, Der „große Lauschangriff“ – diesseits und jenseits der Verfassung, NStZ 1998, 336

Dochow, Adolf, Entstehungsgeschichte der deutschen Strafprozessordnung, in: Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, herausgegeben von Fr. v. Holzendorff, Bd. 1, 1879, zitiert: Dochow, S.

Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 4. Aufl. 2009, zitiert: Sachbearbeiter, in: Dreier[4], Bd. 1 (2009), Art. … Rn.

DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 2. Aufl. 1989, zitiert: DUDEN, Stichwort: „ … “

Dürig, Gerhard, Das Gesetz zur Beschränkung des Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz) (G 10). Einführung und Materialiensammlung, Archiv PF 1969, 293

Duttge, Gunnar, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556

Eisenberg, Ulrich, Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber „Organisiertem Verbrechen“, NJW 1993, 1033

Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, zitiert: Eisenberg[6] (2008), Rn.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 2008, Band 1, zitiert: Sachbearbeiter, in: Erman[12], Bd. 1 (2008), § … Rn.

Esser, Robert, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98

Fezer, Gerhard, Anmerkungen zum BGH, Beschluss vom 20.12.1995, NStZ 1996, 289

Fezer, Gerhard, Die Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht seit 1995 – Teil 1, JZ 2007, 665

Fox, Dirk, Der IMSI-Catcher, DuD 2002, 212

Franke, Ulrich/Wienroeder, Karl, Betäubungsmittelgesetz (BtMG), 3. Aufl. 2008, zitiert: Sachbearbeiter, in: Franke/Wienroeder[3] (2008), Teil II, § … Rn.

Frenz, Walter, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, DVBl. 2009, 333

Gaede, Karsten, Anmerkungen zum EGMR, Urteil vom 05.11.2002 „Allan gegen Großbritannien“, StV 2003, 260

Gaede, Karsten, Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen, JR 2009, 493

Gentz, Manfred, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600

Gercke, Björn, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, 2002, zitiert: Gercke, S.

Glaser, Michael/Gedeon, Bertolt, Dissonante Harmonie: Zu einem zukünftigen „System“ strafprozessualer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, GA 2007, 415

Graalmann-Scheerer, Kirsten, DNA-Massentests de lege lata und de lege ferenda, NStZ 2004, 297

Graf, Walther, Rasterfahndung und organisierte Kriminalität, 1997, zitiert: Graf, S.

Grupp, Klaus, Die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ im Haushaltsrecht, JZ 1982, 231

Gusy, Christoph, Lauschangriff und Grundgesetz, JuS 2004, 457

Gusy, Christoph, Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, JA 2009, 406

Handbuch zum Strafverfahren, herausgegeben von Michael Heghmanns und Uwe Scheffler, 2008, zitiert: Sachbearbeiter, in: Handbuch zum Strafverfahren (2008), Kapitel und Rn.

Hassemer, Winfried, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG), KJ 1992, 64

Haueisen, Fritz, Zahlenmäßige Konkretisierung („Quantifizierung") unbestimmter Rechtsbegriffe, NJW 1973, 641

Heidelberger Kommentar, Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, zitiert: Sachbearbeiter, in: HK^{4} (2009), § … Rn.

Hefendehl, Roland, Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, StV 2001, 70

Helmken, Dierk, Reform des Richtervorbehalts: Vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz, StV 2003, 193

Heuer, Ernst, Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattsammlung, zitiert: Sachbearbeiter, in: Heuer (Lfg. nach Nummer und Datum), § … Rn.

Hilger, Hans, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NStZ 1992, 458 und 523

Hilger, Hans, Über die verfassungs- und strafverfahrensrechtlichen Probleme bei der gesetzlichen Regelung grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: Festschrift für Hannskarl Salger, 1995, S. 319, zitiert: Hilger, FS Salger, S.

Hilger, Hans, Verdeckte Ermittler, V-Leute, in: Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, S. 207, zitiert: Hilger, FS Hanack, S.

Hilger, Hans, Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999), NStZ 2000, 561; 2001, 15

Hilger, Hans, Gesetzgebungsbericht: §§ 100g, 100h StPO, die Nachfolgeregelungen zu § 12 FAG, in Kraft, GA 2002, 228

Hippel von, Reinhard/Weiß, Axel, Eingriffsqualität polizeilicher Observierung, JR 1992, 316

Hufen, Friedhelm, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, S. 116, zitiert: Hufen, FS 50 Jahre BVerfG, S.

Jakobs, Michael Ch., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1986, zitiert: Jakobs, S.

Joecks, Wolfgang, Die strafprozessuale Telefonüberwachung, JA 1983, 59

Joecks, Wolfgang, Strafprozessordnung –Studienkommentar-, 2. Aufl. 2008, zitiert: Joecks, § … Rn.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, verschiedene Auflagen, zitiert: Sachbearbeiter, in: KK, Auflage (hochgestellt), Erscheinungsjahr, § … Rn.

Kintzi, Heinrich, Einsatz von V-Leuten bei der Strafverfolgung, DRiZ 2003, 136

Kinzig, Jörg, Die Telefonüberwachung in Verfahren organisierter Kriminalität: Fehler bei der richterlichen Anordnung, Mängel des Gesetzes, StV 2004, 560

Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblattsammlung, zitiert: Sachbearbeiter, in: KMR (Lfg. nach Nummer und Datum), § … Rn.

Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Aufl. 2003, zitiert: Kopp/Schenke[13] (2003), § … Rn.

Krahl, Matthias, Der Anwendungsbereich der polizeilichen Beobachtung nach § 163e StPO als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1998, 339

Krey, Volker/Haubrich, Edgar, Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler – Kritische Stellungnahme zu den strafprozessualen Reformvorschlägen im Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, JR 1992, 309

Krüger, Ralf, Die Gestaltung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse durch den Gesetzgeber, in: Gedächtnisschrift für Hagen Gülzow, 1999, zitiert: Krüger, GS Gülzow, S.

Krüpe-Gescher, Christiane, Die Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO in der Rechtspraxis, 2005, zitiert: Krüpe-Gescher, S.

Kudlich, Hans, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fallen"-Entscheidung des Großen Strafsenats – BGH(GS), NStZ 1996, 502, JuS 1997, 696

Kudlich, Hans/Christensen, Ralph, Die Lücken-Lüge, JZ 2009, 943

Küpper, Georg, Anmerkungen zum BGH, Urteil vom 16.02.1995, JR 1996, 214

Kühl, Kristian, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, 737

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, zitiert: Kühne[8] (2010) Rn.

Kunert, Karl Heinz, Das Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk, MDR 1975, 885

Kunert, Karl Heinz, Erweitertes Zeugnisverweigerungsrecht der Medienmitarbeiter, NStZ 2002, 169

Kurth, Hans-J., Identitätsfeststellung, Einrichtung von Kontrollstellen und Gebäudedurchsuchung nach neuem Recht, NJW 1979, 1377

Ladeur, Karl-Heinz, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Studienausgabe, 2. Aufl. 1992, zitiert: Larenz, Methodenlehre, Kapitel …, S.

Löffelmann, Markus, Die Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung, NJW 2005, 2033

Löffelmann, Markus, Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, ZStW 2006, 358

Löwe, Eduard, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze, 9. Aufl. 1898, zitiert: Löwe[9] (1898), § … Anm.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, verschiedene Auflagen, zitiert: Sachbearbeiter, in: LR, Auflage (hochgestellt), Band (Erscheinungsjahr des Bandes), § … Rn. oder Anm.

Lützner, Axel, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, 1999

Maatz, Kurt Rüdiger, Der „tatrichterliche Beurteilungsspielraum“ aus Sicht des Revisionsrichters, StraFo 2002, 373

Malek, Klaus, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. 2008, zitiert, Malek[3] (2008), Kapitel und Rn.

Mangoldt v., Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl. 2005, zitiert: Sachbearbeiter, in: Mangoldt/Klein/Starck5, Bd. 1 (2005), Art. … Rn.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, Loseblattsammlung, zitiert: Sachbearbeiter, in: Maunz/Dürig, (Lfg. nach Nummer und Datum), Art. … Rn.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, zitiert: Maurer[17] (2009), § … Rn.

Meyer-Goßner, Lutz, Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren, ZRP 2000, 345

Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 53. Aufl. 2010, zitiert: Sachbearbeiter, in: Meyer-Goßner[53] (2010), § … Rn., Vorauflagen des Kommentars werden gegebenenfalls unter ihren damaligen Namen zitiert.

Meyer-Wieck, Hannes, Der große Lauschangriff. Eine empirische Studie zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2005, zitiert: Meyer-Wieck, S.

Meyer-Wieck, Hannes, Der große Lauschangriff – Anmerkungen aus empirischer Sicht, NJW 2005, 2037

Michael, Lothar, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2000, 148

Michael, Lothar/Morlok, Martin, Grundrechte, 2008, zitiert: Michael/Morlok (2008) Rn.

Mosbacher, Andreas, Der Spielraum des Tatrichters bei Wertungs- und Wahrscheinlichkeitsurteilen, in: Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15.09.2008, S. 227, zitiert: Mosbacher, FS Seebode, S.

Müller, Helmut, Deutsche Geschichte in Schlaglichtern, 2. Aufl. 1990, zitiert: Müller, Deutsche Geschichte, Kapitel …

Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, zitiert: Sachbearbeiter, in: Münch/Kunig[5], Bd. 1 (2000), Art. … Rn.

Nell, Ernst Ludwig, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, zitiert: Nell, S.

Neuhaus, Ralf, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation (§§ 100a, 100b, 101 StPO) – Zum gegenwärtigen Stand der Erosion der Grundrechte -, in: Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 04. Juni 2002, zitiert: Neuhaus, FS Rieß, S.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Überlegungen zu einer Reform des Rechts der Überwachung der Telekommunikation, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 1299, zitiert: Paeffgen, FS Roxin, S.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, zitiert: Pieroth/Schlink[24] (2008) Rn.

Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2008, zitiert: Sachbearbeiter, in: Posser/Wolff (2008), § … Rn.

Puschke, Jens, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung. Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten, 2006, zitiert: Puschke, S.

Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 01.01.2008, NJW 2008, 113

Ranft, Otfried, Fahndung nach Beschuldigten und Zeugen gemäß StVÄG 1999, StV 2002, 38

Rebmann, Kurt, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1

Renzikowski, Joachim, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 1997, 710

Renzikowski, Joachim, Anmerkungen zum BGH, Urteil vom 26.07.2007, JR 2008, 164

Riegel, Reinhard, Einführung der Schleppnetzfahndung – behutsame Fortentwicklung des Rechts?, CuR 1986, 138

Rieß, Peter, Anmerkungen zum LG Stuttgart, Beschluss vom 15.04.1983, NStZ 1983, 521

Rieß, Peter, Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren, in: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 367, zitiert: Rieß, GS Mayer, S.

Rieß, Peter, Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters, NStZ 1991, 513

Rieß, Peter, Neue Gesetze zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, NJ 1992, 491

Rieß, Peter, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 14.05.1991, NStZ 1992, 45

Rieß, Peter, Anmerkungen zum BGH, Beschluss vom 13.05.1996, NStZ 1996, 505

Rieß, Peter, Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 01.03.2000, NStZ 2000, 490

Rieß, Peter, Die „Straftat von erheblicher Bedeutung" als Eingriffsvoraussetzung. Versuch einer Inhaltsbestimmung, GA 2004, 623

Rogall, Klaus, Frontalangriff auf die Bürgerrechte oder notwendige Strafverfolgungsmaßnahme? – Zur Regelung der sog. Schleppnetzfahndung in § 163d StPO, NStZ 1986, 385

Roxin, Claus, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheidweg, NStZ 1995, 465

Roxin, Claus, Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, 18

Roxin, Claus, Anmerkungen zum BGH, Urteil vom 27.07.2007, NStZ 2008, 110

Rudolphi, Hans-Joachim, Grenzen der Überwachung des Fernemeldeverkehrs nach den §§ 100a, b StPO, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 433, zitiert: Rudolphi, FS Schaffstein, S.

Sachs, Grundgesetz. Kommentar, herausgegeben von Michael Sachs, 5. Aufl. 2009, zitiert: Sachbearbeiter, in: Sachs[5] (2009), Art. … Rn.

Saliger, Frank/Ademi, Cefli, Der Massengentest nach § 81h StPO, JuS 2008, 193

Satzger, Helmut, DNA-Massentest – kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode?, JZ 2001, 639

Schäfer, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 7. Aufl. 2007, zitiert: Schäfer, Praxis des Strafverfahrens[7] (2007), Rn.

Schäfer, Leopold/Richter, Hans/Schafheutle, Josef, Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934 mit Ausführungsvorschriften, 1934, zitiert: Schäfer/Richter/Schafheutle, S.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art 19 IV GG, JZ 1988, 317

Schlink, Bernhard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 445, zitiert: Schlink, FS 50 Jahre BVerfG, S.

Schlothauer, Reinhold, Ermittlungsrichterliche Entscheidungen und ihre Revisibilität, StraFo 1998, 402

Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, zitiert: Schlüchter[2] (1983), Rn.

Schmidt, Eberhard, Strafrechtspflege in Gefahr. Freiheitsrechte und staatliche Ordnung. Betrachtungen zur Lage, ZStW 1968, 567

Schmidt, Eberhard, Der Vorführungsbefehl des Ermittlungsrichters – Androhungen und Vollzug, JZ 1968, 354

Schmidt, Heiner Christian, Beurteilungsspielräume im Strafprozess. Zur Überprüfbarkeit von Ermittlungsanordnungen aus dem Vorverfahren durch das erkennende Gericht, NJ 2008, 390

Schmidt, Rolf, Die neue Schuldenregel und die weiteren Finanzthemen der zweiten Föderalismusreform, DVBl. 2009, 1274

Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl. 2008, zitiert: Sachbearbeiter, in: Schmidt-Bleibtreu[11] (2008), Art. … Rn.

Schneider, Hartmut, Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler – Eine Zwischenbilanz –, NStZ 2004, 359

Schroeder, Friedrich-Christian, Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel, JZ 1986, 1028

Schroeder, Friedrich-Christian, Darf die StPO von „Tätern“ sprechen?, NJW 2000, 248

Schroeder, Friedrich-Christian, Die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten als Anwendungsvoraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen, GA 2005, 73

Seiler, Christian, Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schuldenregel, JZ 2009, 721

Senge, Lothar, Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA - Analyse, NJW 1997, 2409

Senge, Lothar, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA - Feststellungsgesetz), NJW 1999, 253

Senge, Lothar, Die Neuregelung der forensischen DNA - Analyse, NJW 2005, 3028

Siebrecht, Michael, Rechtsprobleme der Rasterfahndung, CuR 1996, 545

Sodan, Helge, Grundgesetzt, Kompakt-Kommentar, 2009, zitiert: Sachbearbeiter, in: Sodan (2009), Art. … Rn.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl. 2000, Band 1, zitiert: Sachbearbeiter, in: Soergel1[3], Bd. 1 (2000), § … Rn.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band Einleitung zum BGB; §§ 1 – 12; VerschG, 14. Auflage 2004, zitiert: Sachbearbeiter, in: Staudinger[14], Bd. §§ 1 – 12 (2004), § … Rn.

Steinmetz, Jan, Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, NStZ 2001, 344

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 (1994), zitiert: Stern III/2, § … (S.)

Störmer, Rainer, Der gerichtliche Prüfungsumfang bei Telefonüberwachungen – Beurteilungsspielraum bei Anordnungen nach § 100a StPO?, StV 1995, 653

Störmer, Rainer, Beurteilungsspielräume im Strafverfahren, ZStW 1996, 494

Stüber, Stephan, Grundbegriffe des Haushaltsrechts, JA 2004, 932

Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Loseblattsammlung, zitiert: Sachbearbeiter, in: SK (Lfg. nach Nummer und Datum), § … Rn.

Tettinger, Peter J., Überlegungen zu einem administrativen „Prognosespielraum“, DVBl. 1982, 421

Tolksdorf, Klaus, Revision und tatrichterlicher Beurteilungsspielraum bei der Gesetzesanwendung, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 523, zitiert: Tolksdorf, FS Meyer-Goßner, S.

Volk, Elisabeth, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) – Anspruch und Wirklichkeit, NStZ 1999, 165

Warntjen, Maximilian, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, zitiert: Warntjen, S.

Welp, Jürgen, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, zitiert. Welp, Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S.

Welp, Jürgen, Kriminalpolitik in der Krise. Der SPD-Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, StV 1994, 161

Welp, Jürgen, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, in: Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 389, zitiert: Welp, Zur Legalisierung der Rasterfahndung, S.

Welp, Jürgen, Verbindungsdaten. Zur Reform des Auskunftsrechts (§§ 100g, 100h StPO), GA 2002, 535

Weßlau, Edda, Anmerkungen zum BGH, Beschluss vom 23.03.1996, StV 1996, 579

Weßlau, Edda, Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren, ZStW 1998, 1

Wittig, Petra, Schleppnetzfahndung, Rasterfahndung und Datenabgleich, JuS 1997, 961

Wolter, Jürgen, Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, StV 1990, 175

Zaczyk, Rainer, Prozesssubjekte oder Störer? Die Strafprozessordnung nach dem OrgKG – dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers, StV 1993, 490

Zöller, Mark, Vorratsdatenspeicherung zwischen nationaler und internationaler Strafverfolgung, GA 2007, 393.

Zöller, Mark, Heimlichkeit als System, StraFo 2008, 15

Die Arbeit befasst sich mit dem bislang sehr wenig untersuchten System von Subsidiaritätsklauseln in strafprozessualen Eingriffsermächtigungen. Sie schildert die sukzessive Entstehung des Systems, nimmt eine aktuelle Bestandsaufnahme vor und geht dem Verhältnis der Subsidiaritätsklauseln zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach. Die Arbeit untersucht weiterhin den Bedeutungsgehalt der verschiedenen Subsidiaritätsklauseln sowie ihre Kollision bei Anwendung mehrerer subsidiärer Ermittlungsmaßnahmen. Am Ende fragt die Arbeit nach der Konsistenz des Systems und setzt sich in den Schlussfolgerungen mit der Praktikabilität und der Frage, ob das System seinem Anspruch gerecht geworden ist, kritisch auseinander.



Universitätsverlag Göttingen

ISBN: 978-3-86395-071-2
ISSN: 1864-2136